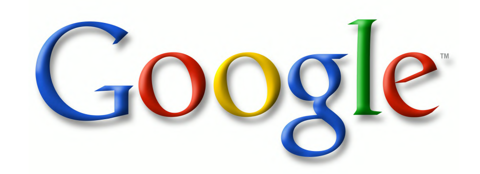
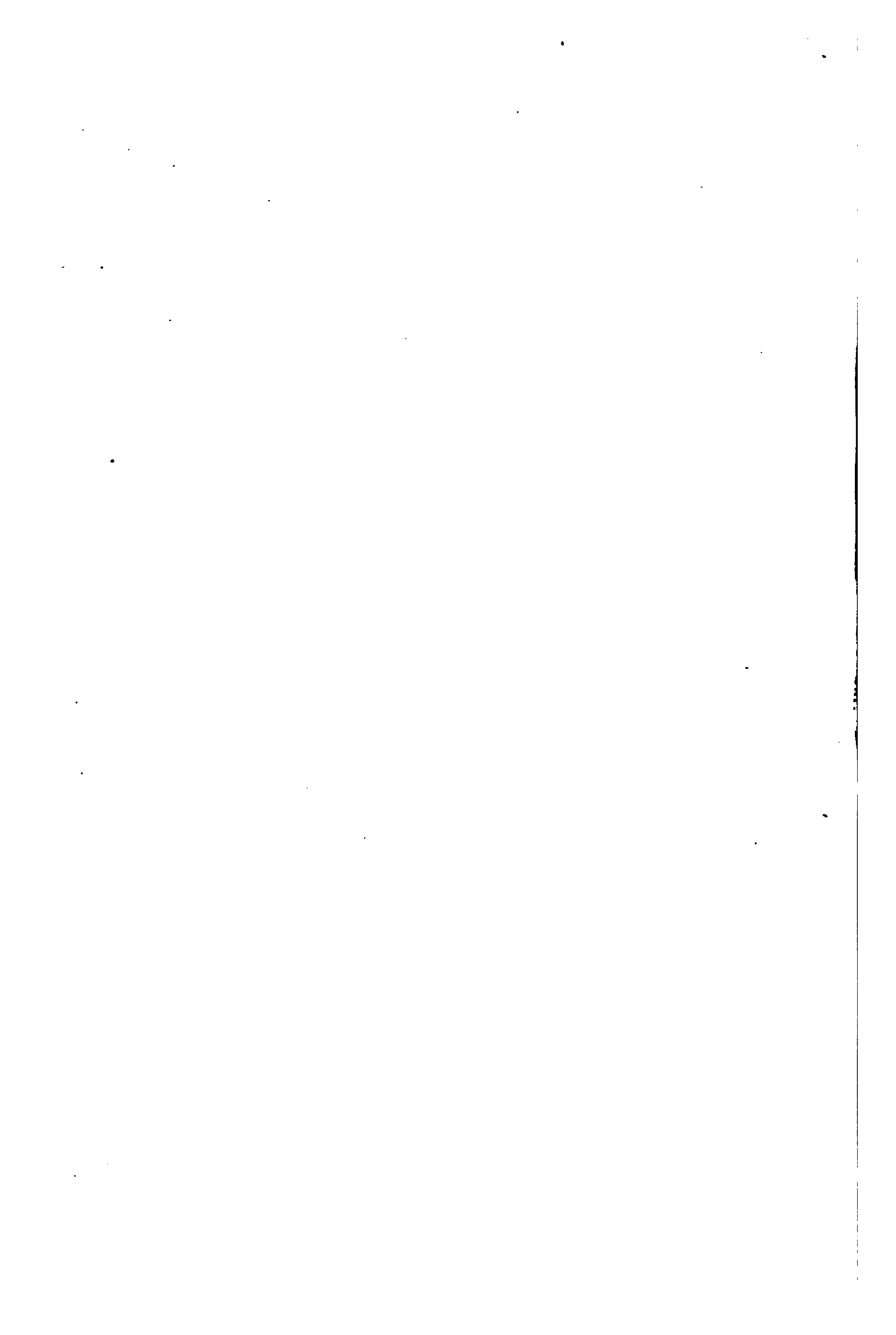



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
VE
RI
TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE

159



Zeitschrift

für

Schweizerisches Recht

Unter Mitwirkung

von

E. Huber
Professor in Bern

E. Rott
Bundesrichter in Lausanne

L. R. v. Salis
Professor in Bern

A. Schneider
Professor in Zürich

herausgegeben

von

Andreas Heusler
Professor in Basel

Achtunddreissigster Band

Neue Folge Sechszehnter Band

Basel
Verlag von R. Reich
(vorm. C. Detloffs Buchhandlung)
1897.

Inhalt

des sechszehnten Bandes der neuen Folge.

I. Abhandlungen.

II. Litteratur.

III. Schweizerische Rechtsquellen.

Rechtsquellen des Kantons Freiburg.

Das Stadtbuch (municipale) von Freiburg im Uechtland.

Herausgegeben von J. Schnell.

(Fortsetzung.)

IV. Schweizerische Rechtspflege.

Civilprozess.

V. Schweizerische Rechtsgesetzgebung des Jahres 1896.

Von Andreas Heusler.

VI. Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins.

XXXV. Jahresversammlung

in Zermatt den 13. und 14. September 1897.

Beilage zu diesem Bande:
Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts. Revue de la jurisprudence en matière de droit civil fédéral. Bd. XV (mit besonderer Paginatur und Inhaltsangabe).

Druckfehlerberichtigungen.

S. 165. Art. 173, Z. 1 lies deniers.

S. 183. Art. 190, Z. 10 lies accoustumees.

Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses
nach schweizerischem Obligationenrecht.

(Fortsetzung.)[1]

Von Prof. Dr. A. v. TUHR in BASEL.

---

§ 8. Error in quantitate.

Art. 19: „Der Irrtum ist insbesondere ein wesentlicher:

4) „Wenn der eine Teil irrtümlich eine Leistung von erheblich grösserem Umfange versprochen hat oder eine Gegenleistung von erheblich geringerem Umfange sich hat versprechen lassen, als es sein Wille war.“

1. Bei der Auslegung dieser Gesetzesstelle müssen wir von derselben Unterscheidung ausgehen, die wir an die Spitze unserer Erörterung über den Qualitätsirrtum (§ 7) gestellt haben: Der Vertragsgegenstand kann generell oder speziell bezeichnet sein; in jedem dieser Fälle hat die Angabe der Quantität eine ganz verschiedene Bedeutung:

a) Ist die Leistung generisch d. h. durch Angabe von Qualität und Quantität bestimmt, so macht jeder Fehler in der Bezeichnung der Quantität die Erklärung zu einer nicht gewollten. Wer aus Versehen (z. B. durch einen Fehler bei der Benützung seiner Schreibmaschine) 100 Zentner Weizen bestellt statt 50, hat mehr gesagt als er wollte, ebenso wie er etwas Nichtgewolltes erklärt hätte, wenn er aus Versehen „Roggen“ statt „Weizen“ geschrieben hätte. Ein Irrtum in der Angabe der Quantität ist bei generischer Verabredung ein Irrtum in der Erklärung.

b) Ist dagegen die zu leistende Sache durch andere Merkmale als Qualität und Quantität bestimmt, z. B. durch Namen,

---

[1]) Vergl. Bd. XV S. 278 ff.

Nummer, Ort und Zeit ihres Befindens, oder ist sie in Gegenwart der Parteien durch Zeigen oder Anfassen bezeichnet, so sind die quantitativen Verhältnisse der Sache (Mass, Gewicht, Zahl) nicht anders zu beurteilen, als ihre übrigen Eigenschaften. Die Angaben oder Vorstellungen der Parteien über Qualität oder Quantität der speziell bezeichneten Sache sind unerheblich für die Frage, was die Parteien gewollt haben, erheblich nur für die Frage, wie dieser Geschäftswille zu stande gekommen ist. Erweist es sich z. B., dass der Käufer sich im Irrtum über den Inhalt des individuell bezeichneten Weinfasses befand, so kann er nicht sagen, er habe dieses Fass nicht kaufen wollen, er kann nur behaupten, dass er es nicht gekauft hätte, wenn er den richtigen Inhalt desselben gekannt hätte. Der Irrtum, auf den sich der Käufer hier beruft, ist Irrtum im Beweggrunde.

2. Welcher von beiden Fällen ist nun in unserer Gesetzesstelle für wesentlich erklärt? Beim Qualitätsirrtum (Art. 19, 3) haben wir konstatiert, dass der Gesetzgeber offenbar den Speziesvertrag im Auge hat, dass man aber den Qualitätsirrtum bei generischem Vertrage in analoger Weise beurteilen müsse. Hier liegen die Dinge gerade umgekehrt: Der Wortlaut des Art. 19, 4 lässt sich ungezwungen nur auf einen Erklärungsirrtum beziehen, wie er bei generisch bestimmtem Vertragsobjekt vorkommen kann: „wenn der eine Teil irrtümlich eine Leistung von erheblich grösserem Umfange versprochen hat, als es (d. h. als zu versprechen) sein Wille war," so kann man sprechen, wenn A aus Versehen einen Wechsel von 200 Fr. acceptiert, in dem Glauben es handle sich bloss um 100 Fr. Wenn A dagegen seinen ganzen Weinvorrat en bloc verkauft, so hat er nicht eine bestimmte Anzahl von Litern versprochen oder versprechen wollen, sondern eine durch Ort und Zeit individualisierte Masse: allen Wein, der sich im Moment des Vertragsschlusses in seinem Keller befand. Wenn nun A seinen Vorrat irrtümlich auf 600 Liter geschätzt hat, während derselbe in der That 800 Liter betrug, so kann man doch genau genommen nicht sagen, dass A mehr versprochen hat als er versprechen

wollte: er wollte den ganzen Vorrat verkaufen und hat diesen seinen Willen fehlerlos geäussert. Sein Irrtum hat nicht die Erklärung seines Willens gefälscht, sondern das Zustandekommen seines Willensentschlusses in einer für ihn ungünstigen Weise beeinflusst: er hätte den Willen, seinen Vorrat für diesen Preis zu veräussern, nicht gefasst, wenn er gewusst hätte, dass der Vorrat 800 Liter betrug. Das ist Irrtum im Motiv und nicht die Divergenz zwischen Willen und Erklärung, von welcher Art. 19, 4 handelt.

3. Fragen wir uns nun weiter, in welchen Fällen Quantitätsirrtum in der Erklärung anzunehmen ist, so können wir an das anknüpfen, was in § 5 und 6 über den Erklärungsirrtum in negotio und in corpore ausgeführt ist.

Zunächst ist auszuscheiden der Fall des Dissenses in quantitate. Fehlt es an der Uebereinstimmung der beiden Willensäusserungen in Bezug auf die Quantität, so ist der Vertrag nach Art. 1 nicht zu stande gekommen, ohne dass der eine oder andere Kontrahent sich auf einen möglicherweise dabei vorgekommenen Irrtum zu berufen brauchte.

Sodann ist daran festzuhalten, dass eine Differenz zwischen dem, was A erklären wollte, und dem, was er wirklich erklärt hat, vorliegen muss. Das kann nun aus den verschiedensten Gründen hervorgehen, z. B. A verschreibt sich beim Kopieren seines Briefentwurfes oder bei der Benutzung seiner Schreibmaschine, unterschreibt ungelesen einen Brief, den sein Angestellter falsch kopiert hat, unterzeichnet eine ihm vom Mitkontrahenten oder vom Notar vorgelegte Urkunde, über deren Inhalt er sich eine falsche Vorstellung macht, acceptiert durch einfaches „Ja“ einen ihm zu 150 offerierten Kauf in dem Glauben, dass die Offerte auf 120 lautet. Oder: A kauft für 100 österreichische Gulden, indem er über den Wert des Guldens in Franken im Irrtum ist: auch in diesem Falle hat A mehr, d. h. eine grössere Summe Edelmetall versprochen, als er versprechen wollte. Oder endlich: Der Kaufmann A will für eine Ware 10 fordern und verlangt nur 7, weil er seine Preisbezeichnung auf der Ware falsch liest. Der Fehler kann wie in den angeführten Beispielen

im Momente der Erklärung begangen sein; es ist aber ebensowohl möglich, dass der Irrtum von einem früheren Zeitpunkt datiert, als die Erklärung, welche durch ihn zu einer falschen wird, z. B. der Kaufmann A begeht bei der Bezeichnung der Preise auf seinen Waren ein Versehen und verkauft die Sache infolgedessen weit billiger, als er sie verkaufen wollte.

Hat A die Quantität versprochen, resp. sich versprechen lassen, auf welche sein Wille gerichtet war, so kommt nicht in Betracht, dass sein Entschluss durch falsche Vorstellungen über irgendwelche für ihn wichtige Thatsachen erzeugt oder beeinflusst war, z. B. A kauft zum Preise von 100, weil er hofft, der Preis der Ware werde in nächster Zeit steigen, oder er kauft 100 Zentner, weil er glaubt, so viel absetzen zu können, oder er verkauft das Stück zu 10 Fr., weil er nach seiner irrtümlichen Berechnung bei diesem Detailpreis auf seine Anschaffungskosten zu kommen vermeint. In allen diesen Fällen begeht er einen nach Art. 21 unwesentlichen Irrtum im Beweggrund.

4. Die Differenz zwischen der gewollten und der erklärten Quantität muss eine erhebliche sein, und zwar sowohl absolut erhebliche — minima non curat praetor — als auch erheblich im Verhältnis zu der Gesamtsumme, um die es sich handelt. Der Irrtum in quantitate darf nur zur Abwendung eines bedeutenden Schadens angerufen werden.

5. Vom error in quantitate ist zu unterscheiden der Rechnungsirrtum.

Art. 22 bestimmt:

„Blosse Rechnungsfehler hindern die Verbindlichkeit des Vertrages nicht, sind aber zu berichtigen."

Dieser Artikel findet meines Erachtens nur dann Anwendung, wenn sich der Konsens der Parteien auf die Elemente der Rechnung bezieht, so z. B. wenn 12 Meter Stoff à 12 Fr. verkauft werden. Wird die Gesamtsumme des Kaufpreises von den Parteien falsch berechnet, auf 140 oder 150 statt auf 144, so kann dadurch die auf 12×12 gestellte Verabredung natürlich nicht geändert werden. Zahlt A infolge der falschen Multiplikation zu wenig, so hat er nachzu-

zahlen, zahlt er zu viel, so kann er den Ueberschuss zurückfordern.[1])

Wenn dagegen der Verkäufer die Rechnung für sich selbst macht und für die 12 Meter Stoff einen Gesamtpreis von 140 Fr. fordert, so ist das kein Rechnungsfehler im Sinne des Art. 22, sondern ein Irrtum im Beweggrund (Art. 21). Wenn ein Rechnungsfehler zu Ungunsten des Verkäufers vorzuliegen scheint, ist noch zu untersuchen, ob man es nicht in der That mit einem stillschweigend bewilligten Rabatt zu thun hat. Den Beweis dafür hat natürlich der Käufer zu leisten.[2])

6. Wir kehren noch einmal zum Quantitätsirrtum bei speziellem Vertragsgegenstand zurück. Wir haben konstatiert, dass falsche Vorstellungen über die Quantität in diesem Falle als Irrtum im Beweggrund aufzufassen sind. Sollen wir nun daraus den Schluss ziehen, dass ein solcher Irrtum nach Vorschrift des Art. 21 für unwesentlich gelten soll? während doch der Gesetzgeber den Qualitätsirrtum bei einer Spezies, der theoretisch betrachtet auch nichts anderes ist als Irrtum im Motiv, unter gewissen Umständen für wesentlich

---

[1]) Ebenso verhält es sich, wenn der Kaufpreis nach Mass, Zahl, Gewicht der Kaufsache verabredet ist (emptio ad mensuram), und der Fehler nicht in der Multiplikation steckt, sondern in der falschen Konstatierung von Mass, Zahl oder Gewicht, z. B. ein Ochs wird verkauft zu 1 Fr. das Kilo. Durch einen Fehler der Wage wird das Gewicht zu 200 Kilo bestimmt, während es in der That 220 beträgt. Hier ist der Vertrag gültig, und der Käufer hat 20 Fr. nachzuzahlen.

[2]) Gleichzeitig mit einem Rechnungsfehler kann im selben Thatbestande auch ein wesentlicher error in quantitate vorliegen, z. B.: A kauft ein Silberservice, und der Preis wird nach dem Gewicht zu 200 Fr. pro Kilo angesetzt. Es wird ein Gewicht von 10 Kilo konstatiert. Ist dabei ein Fehler vorgekommen und wiegt die Sache 11 Kilo, so ist der Fehler nach Art. 22 zu korrigieren und der Preis beträgt 2200 Fr. Ist die Abweichung eine erhebliche, stellt sich der richtig berechnete Preis auf 2600 oder 2800 Fr., statt auf 2000, so kann der Käufer sich auf Art. 19 Abs. 4 berufen: er hat mehr versprochen, als er versprechen wollte, er hätte eine so teuere Sache überhaupt nicht gekauft. Das Resultat ist also: will A die Sache behalten, so muss er den richtigen Preis (2800 Fr.) zahlen, will er diesen Preis nicht zahlen, so ist der Vertrag am Irrtum gescheitert.

erklärt (Art. 19, 3). Ich glaube nicht! Die Fassung des ganzen Gesetzes ist zu wenig präzis, als dass man dem Gesetzgeber eine scharfe Scheidung des Quantitätsirrtums bei generischen und spezifischen Verträgen imputieren könnte. Beim Qualitätsirrtum (Art. 19, 3) spricht das Gesetz nur von Verträgen über eine Spezies, nichtsdestoweniger scheint es geboten, den Qualitätsirrtum bei generischen Leistungen analog zu behandeln (vgl. Bd. XV S. 318). Hier liegt der Fall umgekehrt: Das Gesetz hat den Erklärungsirrtum in quantitate im Auge, wie er nur bei Vertrag über generische Leistungen vorkommt; der Gesetzgeber denkt dabei an den wichtigsten Fall, die falsche Angabe einer Geldsumme, aber wir sind meines Erachtens berechtigt, über den Wortlaut des Art. 19, 4 hinaus auch den Quantitätsirrtum bei spezifischem Vertrage in analoger Weise zu beurteilen. Denn die Regeln des O. R. sind nicht limitativ zu verstehen, sondern sollen dem Richter nur Anhaltspunkte für eine vernünftige Entscheidung zur Verfügung stellen (vgl. Bd. XV S. 302). Wollte man aber den Quantitätsirrtum bei Speziesobligationen für unwesentlich erklären, so würde man damit in vielen Fällen einen vom Gesetz gewiss nicht beabsichtigten rigor iuris herstellen. Vor allem wäre dem Verkäufer, der sich über die quantitativen Verhältnisse der Sache zu seinen Ungunsten geirrt hat, nicht zu helfen, wenn man ihm nicht gestatten wollte, sich auf die Analogie von Art. 19, 4 zu berufen. Aber auch für den Käufer ist Art. 19, 4 oft ein unentbehrliches Schutzmittel. Hat sich der Käufer vorsichtigerweise eine Zusage über Mass, Gewicht etc. der Sache machen lassen, so werden ihm meist die Rechtsmittel des Art. 243 ff. genügen, allein es kann vorkommen, dass beim Vertragsabschluss eine gewisse Quantität der Sache von beiden Parteien „vorausgesetzt“ wird, ohne angegeben zu werden, oder dass eine Aussage des Verkäufers über die Quantität vorliegt, welche man nicht als verbindliche Zusage im Sinne von Art. 243 auffassen kann. In solchen Fällen erfordert es die Billigkeit, wenn der Quantitätsunterschied ein erheblicher ist, die Hülfe des Art. 19, 4 nicht zu versagen.

Ein interessanter Fall dieser Art hat neuerdings dem Appellationsgericht Basel vorgelegen. Es war ein Grundstück für einen Gesamtpreis verkauft worden. Im Kaufbrief war, in Uebereinstimmung mit dem Grundbuch, ein Areal von 197 Ar angegeben, während dasselbe thatsächlich nur 169 Ar betrug. Der Käufer klagte auf Preisminderung nach Art. 249 und bekam in beiden Instanzen recht. Ich halte diese Entscheidungen für unrichtig, denn ich glaube, dass die Angabe des Areals im Kaufbrief nicht als Zusage des Verkäufers aufgefasst werden darf. Meine Gründe sind: a) das Areal wird vom Notar ohne Zuthun des Verkäufers in den Kaufbrief aufgenommen als Bestandteil der vollständigen Beschreibung des Grundstückes; b) die Ausmessung des Grundstückes geschieht bei uns nicht, wie in Rom, durch einen privaten Vertrauensmann des Verkäufers (agrimensor), für den der Verkäufer im römischen Recht natürlich einzustehen hatte,[1]) sondern durch einen vom Staat angestellten Geometer, den der Verkäufer zu kontrollieren weder die Veranlassung noch die Möglichkeit hat; c) wenn endlich der Käufer sich auf das im Kaufbrief angegebene Areal verlässt, so hat er damit, in den Verhältnissen unseres Immobiliarverkehres, nicht dem Verkäufer ein persönliches Vertrauen erwiesen, sondern er hat sich für die Richtigkeit des Grundbuchs auf die Grundbuchverwaltung und für die Richtigkeit der Abschrift im Kaufbrief auf den Notar verlassen. Aus diesen Gründen halte ich, wie gesagt, die Angabe des Areals im Kaufbrief nicht für eine Zusage des Verkäufers.[2]) Dem

---

[1]) Vgl. Windscheid, Pandekten § 389, Note 13.

[2]) Der deutsche Entwurf bestimmt in § 462 der Reichstagsvorlage: „Sichert der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer eine bestimmte Grösse des Grundstücks zu, so haftet er für die Grösse wie für eine zugesicherte Eigenschaft." Durch diese Bestimmung wird unsere Frage nicht gelöst. Denn § 462 sagt nur, was zu geschehen habe, wenn das Areal als zugesichert anzusehen sei, vgl. die Motive (Bd. II, S. 233) zu dem fast gleichlautenden § 388 der ersten Lesung: „Die wichtige Frage, ob in der Angabe des Flächeninhaltes eine Zusicherung zu finden, bleibt am besten dem Richter zur Entscheidung im einzelnen Falle überlassen . . . Die Angabe des Flächeninhaltes hat nach den Gewohnheiten verschiedener Gegenden

[illegible]

[illegible] stellt sich heraus, dass die Ansprüche des X grösser waren, als er glaubte. Ist die Berufung auf Art. 19 Abs. 4 zulässig? Es ist zu unterscheiden:

a) Irrtum in der Erklärung ist wesentlich. X hat nur an die Ansprüche a + b + c aus seinem Vertrage mit Z gedacht, als er den Vergleich abschloss, und den Anspruch d nicht beachtet, weil er nicht wusste, dass dieser Anspruch ihm zustehe oder weil er ihn für erloschen hielt. In diesem Falle hat X in der That mehr gesagt, als er wollte. „Alle Ansprüche" bedeutete für ihn a + b + c und nichts weiter (vgl. Bd XV N 200).[1])

b) Anders ist zu entscheiden, wenn sich X richtig ausgedrückt hat, und sein Irrtum darin bestand, dass er den Umfang der Ansprüche, die er aufgab, falsch schätzte oder, was praktisch auf dasselbe herauskommt, über die Beweisbarkeit seiner Ansprüche im Irrtum war. Dann liegt ein Irrtum im Motiv vor (X verzichtet auf seinen Anspruch a, weil er

verschiedene Bedeutung, in welcher Beziehung der herkömmliche oder mitunter auch der Ordnung halber vorgeschriebene Verkauf auf Grund von [illegible] oder einer katastermässigen Berechnung zu würdigen ist."

[1]) [illegible]

den Wert desselben auf 100 Fr. schätzt), und gerade hier scheint mir die Berücksichtigung eines solchen Irrtums ausgeschlossen zu sein. Der Zweck des Vergleiches, die causa transactionis steht der Anrufung eines Quantitätsirrtums über den Gegenstand des Vergleiches entgegen: Die Parteien gingen davon aus, dass der Umfang der Ansprüche des X ungewiss sei, und X hat diese Ansprüche — so gross sie auch sein mochten — gegen eine bestimmte Leistung des Z eingetauscht. Er hat damit auf die Anrufung eines eventuellen Irrtums über die Grösse seiner Ansprüche[1]) verzichtet, gerade so wie ein Käufer, welcher in Anbetracht der Unsicherheit, die über die wahre Beschaffenheit der Sache besteht, diese für einen niederen Preis gekauft hat, sich nicht auf error in qualitate berufen darf (vgl. Bd. XV S. 317).[2])

§ 9. Error in persona.

In Bezug auf die Person des Mitkontrahenten können Irrungen jeglicher Art vorkommen:

1. Dissensus in persona: X schreibt eine Offerte an Meyer mit richtiger Adresse, der Brief kommt durch Zufall in die Hände von Müller, der die Adresse nicht beachtet und die Offerte annimmt; X liest die Antwort ohne die (unleserliche) Unterschrift „Müller“ zu bemerken. Hier ist ein Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen worden, da die Willenserklärungen nicht „gegenseitige“ im Sinne von

---

[1]) Haben sich die Parteien über den ungewissen Umfang der Ansprüche des X verglichen, und erweist es sich später, dass das unstreitige Fundament dieser Ansprüche in der That nicht existiert, so kann Z den Vergleich mit der cond. indebiti anfechten, vgl. Regelsberger, Pandekten S. 626.

[2]) In diesem Sinne Bundesgericht in Revue VIII, Nr. 53. Eine auf Billigkeit beruhende Ausnahmebestimmung enthält das Bundesgesetz vom 26/IV/87 betreffend Ausdehnung der Haftpflicht in Art. 9: „Verträge, denen zufolge einem Geschädigten oder dessen Rechtsnachfolger eine offenbar unzulängliche Entschädigung zukommt oder zugekommen ist, sind anfechtbar,“ vgl. dazu Revue IX, Nr. 22.

Art. 1 sind: Die Offerte ist an Meyer gerichtet, die Acceptation erfolgt von Seiten Müllers.[1])

2. Irrtum in der Erklärung: X will die Offerte an Meyer stellen, giebt aber in der That eine an Müller gerichtete Erklärung ab, indem er seinen Brief in der Zerstreutheit in ein an Müller adressiertes Couvert steckt, oder indem er am Telephon aus Versehen Müllers Nummer angiebt, oder einen Boten mit mündlichem Bericht an Meyer schickt, und der Bote aus Missverständnis zu Müller geht, oder endlich: X redet den Müller an, indem er ihn aus Kurzsichtigkeit für Meyer hielt, an den er seine Offerte abgeben will.

3. Irrtum im Motiv: X will mit Meyer verhandeln und giebt seine Erklärung auch richtig an die gewünschte Person ab; aber den Willen, mit dieser Person zu kontrahieren, hat er nur deshalb gefasst, weil er ihr irrtümlich Eigenschaften beilegte, die nicht vorhanden sind. Z. B. ich halte meinen Tischnachbar im Hôtel für den bekannten Tenor Meyer und lade ihn gegen Bezahlung zu einer Gesellschaft, ich halte Meyer in der Hauptstrasse für den mir empfohlenen Schneider, oder ich glaube, dass mich Meyer um ein Darlehen angehen will und schicke ihm daher ein Geldgeschenk, während es eigentlich Müller ist, der Geld braucht.

Beide Fälle 2) und 3) werden gleichmässig getroffen von dem allgemein gehaltenen Wortlaut des Art. 20:

> „Der Irrtum über die Person des anderen Teiles gilt nur dann als wesentlich, wenn der Vertrag hauptsächlich mit Rücksicht auf die Person abgeschlossen wurde."

Es soll also nicht auf die psychologische Beschaffenheit des Irrtums ankommen, sondern bloss darauf, ob die Persönlich-

---

[1]) Ein Fall des dissensus in persona liegt der Entscheidung in Revue VII, 99 zu Grunde. Der Käufer richtet seine Offerte, durch Vermittelung eines Agenten, ausdrücklich an die „Union vinicole de la Charente," und erhält eine Acceptation von dem Handelshause O. Q. Ein Vertrag ist nicht geschlossen, und zwar genügt hier die Berufung auf Art. 1, das Gericht hätte nicht nötig gehabt Art. 20 und 24 beizuziehen, was sich auch schon daran zeigt, dass die Frage mit Recht gar nicht aufgeworfen wird, ob der Vertrag hauptsächlich mit Rücksicht auf die Person des Käufers abgeschlossen wurde.

keit des Mitkontrahenten für den Irrenden beim Abschluss des Vertrags von massgebender Bedeutung war, oder nicht. Das hat der Richter aus den Umständen des konkreten Falles zu ermitteln. Zu vermuten ist die Rücksicht auf die Person des Mitkontrahenten bei den Verträgen, welche vom Schuldner persönlich zu erfüllen sind, weil es bei der Erfüllung auf seine Persönlichkeit ankommt (Art. 77), so z. B. beim Dienstvertrag und beim Werkvertrag, wenn er besondere Fertigkeiten oder künstlerische oder wissenschaftliche Befähigung voraussetzt, kurz überall, wo man bei vernünftiger Abwägung der Umstände sagen kann: si duo faciunt idem, non est idem.[1]) Auf der andern Seite giebt es Leistungen, die derart fungibel sind, dass ein Irrtum in der Person des Mitkontrahenten a priori als unwesentlich erscheint, so z. B. Kauf von Sachen, bei denen der Käufer mehr Wert auf die äussere Beschaffenheit legt, als auf Zusicherungen oder Vertrauenswürdigkeit des Verkäufers.[2])

Ausser von der Art des Vertrages hängt die Erheblichkeit des Irrtums auch noch ab von der Verschiedenheit der

---

[1]) Wie ist es, wenn der Bürge sich über die Person des Hauptschuldners irrt? Er glaubt sich für seinen Freund X zu verbürgen, während der Darlehensschein in der That von Z unterzeichnet wird. Hier ist zu unterscheiden: lautet der Bürgschaftsschein „ich verbürge mich für die Schuld des X,“ so ist diese Erklärung wegen des accessorischen Charakters der Bürgschaft wirkungslos, wenn eine Schuld des X gar nicht existiert (vgl. den ähnlichen Fall Bd. XV S. 295, Note 1). Wenn dagegen A einen Schuldschein des Z als Bürge unterzeichnet, indem er die Unterschrift des Z für die des X ansieht, so liegt eine prima facie gültige Verbürgung vor, die aber mit dem Makel des Irrtums behaftet ist. Dem A muss geholfen werden, nur kann man darüber zweifeln, ob man diesen Fall unter Art. 20 bringen darf, obwohl dieser Artikel von dem Irrtum „über die Person des anderen Teiles“ spricht, und der Hauptschuldner beim Bürgschaftsvertrag nicht Mitkontrahent ist, oder ob man den Irrtum des A als error in negotio (Art. 19. 1) auffassen soll, weil in der That Verbürgung für X ein „anderer Vertrag“ ist als Verbürgung für Z.

[2]) Unwesentlich ist bei der Geschäftsführung ohne Auftrag der Irrtum des negotiorum gestor über die Person des Geschäftsherrn. Habe ich mich eines Geschäftes angenommen, weil ich glaubte, dass es meinen Freund X angeht, so darf ich es nicht unvollendet liegen lassen, wenn ich erfahre, dass es ein Geschäft des Z ist.

beiden in Frage stehenden Personen, resp. von der Wichtigkeit der Eigenschaften, auf die sich der Irrtum bezieht. Sind Meyer, an den ich meine Offerte richten will, und Müller, an den ich die Offerte aus Versehen sende, Kaufleute von derselben Klasse, so wird mein Irrtum keine Beachtung finden, ist dagegen der eine ein grosser Geschäftsmann, der andere ein Krämer, so werde ich eher darauf rechnen dürfen, dass mir die Berufung auf meine Personenverwechselung gestattet wird.

Ebenso wird der Richter zu ermessen haben, ob die Eigenschaften und Umstände, die X in der Person seines Mitkontrahenten voraussetzte, erheblich genug sind, damit ihr Fehlen einen „Irrtum über die Person“ begründen könne.

Wenn bisweilen im Anschluss an gemeinrechtliche Autoren behauptet wird,[1]) der error in persona sei ausschliesslich Irrtum über die „Identität der Person“ und nie Irrtum über Eigenschaften der Person, so ist dieser Unterschied im Gesetz nicht zu finden (während in Art. 19, 2 und 19, 3 Identität und Eigenschaften der Sache einander scharf entgegengesetzt werden, vgl. Bd. XV S. 312), ja es lässt sich sogar ein Argument gegen diese Ansicht aus Art. 21 entnehmen. „Unwesentlich ist insbesondere,“ bestimmt dieser Artikel, „der Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des anderen Teiles.“ Wenn es nun der Gesetzgeber für nötig hält, den Irrtum über eine Eigenschaft des Mitkontrahenten für unwesentlich zu erklären — und das aus gutem Grunde, denn sonst würden bei ausbrechendem Konkurse die jüngsten, unvorsichtigeren Gläubiger auf Kosten der älteren Gläubiger, welche bei gutem Stande des Vermögens Kredit gewährt haben, begünstigt sein,[2]) — so kann man daraus meines Erachtens den Schluss ziehen, dass im vorhergehenden Art. 20

[1]) Bundesgericht in Revue X, 52.

[2]) Ausnahmsweise ist der Irrtum über die Solvenz des Mitkontrahenten wesentlich, wenn seine Insolvenz zum Konkurs oder zur Zahlungseinstellung geführt hat, beim pactum de mutuo dando nach Art. 332, Abs. 2 und bei der Uebernahme von Sachen unter einer Verpflichtung, durch welche in der Regel das Retentionsrecht ausgeschlossen wird. Art. 226, Abs. 2.

nicht schon der Irrtum über jegliche Eigenschaften des anderen Teiles allgemein für unbeachtlich erklärt worden ist. Allerdings begründet nicht jeder Irrtum über Eigenschaften der Person die Unverbindlichkeit des Vertrages nach Art. 20, sowenig wie jeder error in qualitate rei unter Art. 19, 3 fällt, und namentlich muss sich der Irrtum in der Person auf Umstände beziehen, welche schon im Moment des Vertragsabschlusses vorlagen.

§ 10. Die Ersatzpflicht des Irrenden.

1. Der wesentliche Irrtum braucht nach O. R. kein unverschuldeter zu sein (vgl. Bd. XV S. 303): Wer in der leichtsinnigsten Weise irrt, wer z. B. eine Urkunde ungelesen unterschreibt und sich dabei über ihren Inhalt eine falsche Vorstellung macht, ist, wenn er seinen Irrtum nachweisen kann, an den Vertrag nicht gebunden. Dieses Prinzip wäre für die Sicherheit des Verkehrs verderblich, wenn es nicht in seinen Wirkungen gemildert wäre durch die Schadenersatzpflicht, welche Art. 23 aufstellt:

> „Hat der Teil, welcher den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt, seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben, so wird er zum Schadenersatz verpflichtet, es sei denn, dass der andere Teil den Irrtum gekannt habe oder hätte kennen sollen."

In derselben Weise hat der deutsche Entwurf zwischen den Interessen des Irrenden und denen des anderen Kontrahenten vermittelt, nur mit dem Unterschied, dass der Irrende auch abgesehen von jedem Verschulden zum Ersatz verpflichtet ist (Reichstagsvorlage § 118).[1]) In diesem Punkte scheint

---

[1]) Der erste Entwurf § 99 hatte zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit des Irrenden unterschieden und im ersten Fall die Willenserklärung als gültig behandelt, im zweiten Fall Ungültigkeit mit Ersatzpflicht statuiert. Die Kritik hat diesen Vorschlag mit Recht bekämpft, weil die Grenze zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit schwer zu finden ist, vgl. Bekker, Pandekten, Bd. II, S. 65. Vgl. über das Irrtumsrecht des Entwurfes neuestens

mir, wie sich gleich ergeben wird, die vom O. R. angenommene Regelung den Vorzug zu verdienen.

Fahrlässigkeit im Sinne des Art. 23 liegt immer vor, wenn gegen die im geschäftlichen Verkehr erforderliche und übliche Vorsicht verstossen wird. Das wird nun bei den allermeisten Fällen des Erklärungsirrtums zutreffen. Wer sich nicht die Zeit nimmt, seine Worte richtig zu wählen, oder die Worte des Mitkontrahenten richtig zu verstehen, oder wer unterschreibt, ohne genau zu wissen, was die Urkunde enthält, dem wird es schwer fallen, den Vorwurf der Nachlässigkeit von sich abzuweisen. Ebenso wird der Irrtum im Motiv, soweit er überhaupt für wesentlich gilt (error in qualitate, quantitate, persona), oft auf Fahrlässigkeit beruhen. Der Käufer hätte sich z. B., wenn er ein vorsichtiger Mann wäre, von dem Vorhandensein der von ihm vorausgesetzten Eigenschaft oder Quantität der Sache überzeugen können, oder er hätte eine Zusage des Verkäufers über diese Qualität verlangen sollen, worauf dann der Verkäufer diese Zusage entweder gemacht oder abgelehnt und damit den Käufer über seinen Irrtum aufgeklärt hätte. Ebenso wird es bisweilen als unentschuldbarer Leichtsinn erscheinen, wenn jemand eine Sache billig verkauft, ohne zu wissen, dass es sich um eine kostbare Sache handelt.

Indessen giebt es doch auch Fälle, in denen der Irrtum, namentlich der wesentliche Irrtum im Beweggrund, voll entschuldbar ist: Der Käufer darf sich unter Umständen auf eine Aussage verlassen, die ihm der Verkäufer oder ein Dritter über Eigenschaften der Sache machte. Handelt es sich um ein Dictum des Verkäufers, so wird meist eine Haftung des Verkäufers für seine Zusage nach Art. 243 vorliegen, was jedoch, wie wir Bd. XV S. 319 konstatiert haben, das Rekurrieren auf den wesentlichen Irrtum keineswegs als überflüssig erscheinen lässt. Hat sich der Käufer durch die Aussage eines Dritten täuschen lassen, z. B. durch die Angabe des

---

Eck im ersten Hefte der Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines B. G. B., S. 44 ff.

Areals im Grundbuch (vgl. oben S. 7), so kann sich der Käufer nur durch Berufung auf seinen Irrtum helfen, und es scheint mir recht und billig zu sein, dass er dies thun darf, ohne sich einer Schadenersatzpflicht auszusetzen. Ebenso kann der Verkäufer, der eine Sache in Unkenntnis ihrer Kostbarkeit veräussert hat, sehr wohl von jedem Vorwurf der Fahrlässigkeit frei sein. Oft wird es in solchen Fällen vorkommen, dass beide Teile über Qualität oder Quantität der Sache sich im gleichen verzeihlichen Irrtum befinden: A verkauft dem B einen Diamanten oder ein Wertpapier, ohne dass bei einer der Parteien ein Zweifel an der Echtheit existiert oder existieren müsste. Nur der eine Kontrahent B hat aber Veranlassung den Irrtum anzurufen, weil nur er durch den Vertrag benachteiligt ist. Es entspricht meines Erachtens der Billigkeit, dass er dies thun darf, ohne den Schaden des A zu ersetzen: denn A hat denselben Irrtum, auf den sich B jetzt beruft, selbst mitgemacht. Hier scheint mir der deutsche Entwurf mit unnötiger Strenge gegen den Irrenden vorzugehen. Warum soll der Irrende die Kosten des Irrtums allein tragen, d. h. ausser dem Schaden, der ihm aus der Rückgängigmachung des Kaufes erwächst, auch noch den Schaden übernehmen, den sein Gegner erleidet, da doch beide gemeinsam der Sache Eigenschaften zugeschrieben haben, die sie nicht hat?

2. Die Schadenersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn „der andere Teil den Irrtum gekannt hat oder hätte kennen sollen." Dieser Ausdruck ist nicht so unzweideutig als er aussieht. Denn was heisst es: den Irrtum des Mitkontrahenten kennen? Die Antwort ist verschieden, je nachdem es sich um Irrtum in der Erklärung oder um wesentlichen Irrtum im Motiv handelt. Im ersten Fall kennt A den Irrtum des B, wenn er weiss, dass B nicht das will, was er sagt. Des weiteren ist aber zu unterscheiden:

a) Dem A ist nicht nur bekannt, dass B nicht das will, was er sagt, sondern A weiss auch (oder sollte wissen), was B mit seinen falsch gewählten Worten sagen will. Dann ist die objektiv unrichtige Erklärung des B für den Mitkontra-

henten, auf dessen Verständnis es ja allein ankommt, genügend deutlich: der Vertrag ist mit dem von B gewollten Inhalt zu stande gekommen (vgl. Bd. XV S. 303, Note 3).[1])

b) A weiss oder sollte wissen, dass B eine falsche Erklärung abgiebt, aber er weiss nicht und kann nicht wissen, was B thatsächlich meint,[2]) dann wäre es seine Pflicht, den B auf den Fehler in seiner Erklärung aufmerksam zu machen oder in seinem eigenen Verhalten dem Irrtum des B Rechnung zu tragen; thut er das nicht, so kommt der Vertrag zu stande und zwar in der Art, wie es der objektive Sinn der falschen Erklärung des B ergiebt; aber wenn dann B seinen Irrtum zur Geltung bringt, so hat A seinen Schaden seinem eigenen dolosen oder kulposen Verhalten zuzuschreiben.

Beim Irrtum im Motiv muss der Kontrahent A, damit man von ihm sagen könne, dass er den Irrtum des B kennt, zweierlei gewusst haben: dass B eine bestimmte Eigenschaft der Kaufsache voraussetzt, und dass diese Eigenschaft nicht vorhanden ist.

Kennt A diese beiden Thatsachen, so kann darin unter Umständen ein Betrug gefunden werden. Hätte er diese Thatsachen kennen sollen, so kann man, so gross auch die Fahrlässigkeit des A gewesen sein mag, darin doch keinen Dolus erblicken; dann tritt der im Art. 23 angeordnete Verlust des Ersatzanspruches ein.

Ist dem A nur bekannt, dass es dem B auf eine bestimmte Eigenschaft ankommt, z. B. auf die Echtheit des Diamanten; weiss er aber nicht, dass diese Eigenschaft fehlt, so kann man nicht sagen, dass er den Irrtum des B kannte. Aber meist wird A trotzdem keinen Schadenersatz von B er-

---

[1]) Beispiel: A hat dem B seinen Barometer zum Kauf angeboten. B schreibt: „ich nehme Ihren Thermometer zu dem von Ihnen gewünschten Preise.“ Hier kann A wissen, dass B sich verschrieben hat. Gekauft ist der Barometer.

[2]) Beispiel: Der Weinhändler A bekommt von dem ihm bekannten Privatmann B eine Bestellung von 100 hl Wein. Er weiss, oder könnte aus den Verhältnissen des B wissen, dass hier ein Schreibfehler vorliegt. Aber er kann nicht wissen, ob der Fehler in der Ziffer steckt, oder in der Verwechslung von hl und l.

halten: denn auch der Irrtum des B wird in solchen Fällen entschuldbar sein, so dass das Klagfundament des A, die Fahrlässigkeit des Irrtums, fehlt.

3. Bei jeder Ersatzpflicht für verschuldeten Schaden, welche das Gesetz statuiert oder der Richter ausspricht, muss die Frage aufgeworfen werden, ob das Verschulden des Ersatzpflichtigen in der Verletzung einer durch Vertrag übernommenen oder einer in sonstiger Weise begründeten Pflicht besteht. Denn das O. R. unterscheidet, im Anschluss an das Gemeine Recht, kontraktlichen Schadenersatz (Art. 110 ff.) und ausserkontraktlichen Schadenersatz (Art. 50 ff.) und stellt für beide Fälle eine Anzahl verschiedener Bestimmungen auf. Nun kann die Ersatzpflicht des Irrenden offenbar nicht auf eine Vertragsverletzung zurückgeführt werden; denn der Vertrag ist ja für ihn unverbindlich, und eben für den Schaden, der dem andern Teil aus der Ungültigkeit des Vertrages erwächst, hat der Irrende einzustehen. Sein Verschulden ist allerdings bei Gelegenheit von Vertragsverhandlungen begangen, es ist, um den von Jhering geschaffenen Ausdruck zu gebrauchen, culpa in contrahendo; aber das berechtigt uns nicht, die Ersatzpflicht, wenn wir sie unter eine der beiden im O. R. anerkannten Kategorien des Schadenersatzes unterzubringen haben, dem kontraktlichen Schadenersatze zuzurechnen.[1])

[1]) Vgl. Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 10, Note 8, Windscheid, Pandekten, § 307, Note 5. Die Verfasser des deutschen Entwurfes wollten diese Frage nicht selbst entscheiden, sondern ihre Lösung der Wissenschaft überlassen, vgl. Motive, Bd. I, S. 195. — Wenn die römischen Juristen da, wo sie eine Haftung für culpa in contrahendo statuierten, diese Haftung mit der Kontraktsklage durchzusetzen erlaubten (vgl. z. B. fr. 62 de contr. e. 18, 1), so erklärt sich das einerseits daraus, dass die für ausserkontraktlichen Schadenersatz bestimmte actio legis Aquiliae auf Sachbeschädigung beschränkt, und daher für diese Fälle nicht verwendbar war, und andrerseits aus der bekannten Thatsache, dass die Aktionen des römischen Rechtes vermöge einer gewissen „Attraktion“ verschiedene Ansprüche in sich aufnehmen konnten, welche nicht aus dem vorliegenden Vertrage erwachsen, sondern nur bei Gelegenheit dieses Vertrages zwischen den Parteien entstanden waren. Solche Konsequenzen des römischen Formularprozesses sind für unsere Rechtsdogmatik nicht vorbildlich.

Die Ersatzpflicht des Art. 23 stellt sich vielmehr dar als ein einzelner Fall des allgemeinen in Art. 50 ausgesprochenen Prinzipes:

„Wer einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird demselben zum Ersatze verpflichtet."

Was widerrechtliche Schadenzufügung sei, hat der Richter aus der Gesamtheit des geltenden Rechtes zu entnehmen. Aus der Verletzung aller Rechtspflichten, welche nicht speziell durch einen Vertrag begründet sind (für diese gilt Art. 110 ff.), entsteht die Ersatzpflicht des Art. 50. Zu diesen Pflichten gehört auch die Sorgfalt, welche jedermann im geschäftlichen Verkehr aufwenden muss, um Leute, die mit ihm in Beziehungen treten, nicht zu schädigen. Das Gebot „neminem laede," welches im aquilischen Gesetz in enger Begrenzung auf die Unversehrtheit körperlicher Sachen zum Ausdruck gekommen ist, findet sich im C. c. Art. 1382 und dem nachgebildeten Art. 50 O. R. allgemein gefasst und erstreckt sich auf jede Schädigung eines fremden Vermögens durch widerrechtliches Benehmen. Ein solches kann aber namentlich bei Verhandlungen über einen Vertragsschluss vorkommen. Ein verständiger Richter würde daher den Art. 50 auf den durch fahrlässigen Irrtum angerichteten Schaden anwenden. In diesem Sinne ist Art. 23 strenggenommen entbehrlich, aber doch nicht überflüssig, weil das Gesetz gut daran thut, besonders wichtige Konsequenzen eines allgemeinen Grundsatzes am geeigneten Ort hervorzuheben.[1]) Aus der Subsumtion des Art. 23 unter das Prinzip des Art. 50 ergeben sich eine Anzahl von Folgesätzen:

4. Der Umfang des zu ersetzenden Schadens bestimmt sich nicht nach dem, was der Mitkontrahent bei Erfüllung des Vertrages erhalten hätte (sog. Erfüllungs- oder positives Vertragsinteresse), denn darauf hat er ja, sofern der Vertrag nach Art. 18 ff. ungültig ist, keinen Anspruch, sondern nach dem,

[1]) Ein anderer Fall, in welchem das Gesetz eine schon aus Art. 50 sich ergebende Haftung für culpa in contrahendo ausdrücklich statuiert, findet sich in dem (unglücklich formulierten) Absatz 2 des Art. 5.

was er durch die leichtsinnig geführten Vertragsverhandlungen verloren hat: sog. negatives Vertragsinteresse.[1]) Er muss in die Lage versetzt werden, in welcher er sich befände, wenn er mit dem irrenden Kontrahenten in keine Beziehungen getreten wäre.[2]) Nach diesem Prinzip kann der Ersatzanspruch sich aus sehr verschiedenen Bestandteilen zusammensetzen:

a) vor allem bekommt der Mitkontrahent des Irrenden die vergeblich aufgewendeten Kosten der Vertragsschliessung ersetzt;

b) sodann die Auslagen, die er seit Abschluss des Vertrages[3]) im Vertrauen auf dessen Gültigkeit zum Zwecke der Erfüllung vorgenommen hat;

c) damnum emergens, wenn z. B. der Käufer zu einer neuen und wegen eingetretener Preissteigerung weniger vorteilhaften Anschaffung genötigt ist: zur Zeit des wegen Irrtums ungültigen Kaufes hätte er seinen Bedarf für 100 decken können, jetzt muss er dafür 110 zahlen; diese Differenz wird ihm ersetzt, dagegen nicht die Differenz zwischen 110 und dem vielleicht besonders niederen Preise, den er mit dem Irrenden ausgemacht hatte, denn das wäre positives Vertragsinteresse;

d) lucrum cessans, wenn z. B. dem Mitkontrahenten eine andere günstige Gelegenheit des Verkaufes nachweislich entgangen ist, welche er benutzt hätte, wenn er nicht des Glaubens gewesen wäre, über seine Sache schon verfügt zu haben. Dagegen wird nicht ersetzt das lucrum cessans aus dem wegen Irrtums ungültigen Vertrage, z. B. ein Händler verkauft dem X eine Antiquität, für die er selbst nur 20 Fr. gezahlt hatte,

---

[1]) Vgl. Regelsberger, Pandekten, § 140, Note 12.

[2]) Die Haftung auf das negative Vertragsinteresse ist ausdrücklich aufgestellt im Entwurf, Reichstagsvorlage § 118: „Der Erklärende hat . . . . den Schaden zu ersetzen, den der andere dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der Andere an der Gültigkeit der Erklärung hat."

[3]) Was ein Kontrahent vor Abschluss des Vertrages aufwendet, d. h. ehe ihm die Acceptation des anderen Teiles zugekommen ist, thut er auf eigene Gefahr, vgl. Windscheid, Pandekten, § 307, Note 5 u. 6.

zum Preise von 100 Fr. Der Vertrag ist wegen verschuldeten Irrtums des X ungültig. Damit entgeht dem Händler ein Gewinn von 80. Für diesen Gewinn bekommt er keinen Ersatz, wohl aber dafür, dass ihm nachweislich[1]) eine andere Verkaufsgelegenheit entgangen ist, die ihm aber vielleicht einen kleineren Gewinn eingetragen hätte.

e) Zum negativen Vertragsinteresse gehört endlich aller Schaden, der die veräusserte Sache bei dem im Irrtum befangenen Erwerber betrifft, wenn der Erwerber seinen Irrtum geltend macht. Und zwar nicht bloss der Schaden, welcher durch Schuld des Erwerbers angerichtet ist, sondern auch der casuell eingetretene Schaden. Denn die Ware wäre unversehrt geblieben, wenn der Verkäufer sich nicht durch den leichtsinnig irrenden Käufer hätte verleiten lassen, sie diesem als verkauft hinzugeben. Selbstverständlich kann sich der irrende Kontrahent von dieser Haftung befreien, wenn er nachweist, dass die Sache auch beim Verkäufer untergegangen wäre oder eine Verschlechterung erlitten hätte, dass z. B. das verkaufte Tier an einer inneren Krankheit litt.[2])

Alle diese Schadensposten sind in der Regel um so grösser, je später der Irrtum entdeckt, resp. dem Mitkontrahenten mitgeteilt wird. Es kann vorkommen, dass das negative Vertragsinteresse den Betrag des Erfüllungsinteresses erreicht oder gar übersteigt, z. B. der Verkäufer hat zu Gunsten des X, der in wesentlichem Irrtum handelte, eine andere Gelegenheit von der Hand gewiesen, welche ihm ebenso vorteilhaft oder noch vorteilhafter gewesen wäre, als das Geschäft mit X. Der deutsche Entwurf (vgl. oben S. 19 Note 2) bestimmt, dass der irrende Kontrahent auf keinen höheren Betrag haften solle, als den des Erfüllungsinteresses. Art. 23 hat diese Schranke nicht aufgestellt, doch wird sie sich meist von selbst einstellen: Der irrende Kontrahent wird es vorziehen, den Vertrag gelten zu lassen, wenn er voraussieht

---

[1]) Den Nachweis des lucrum cessans wird der Richter leichter oder schwerer nehmen, je nachdem es sich um den Verkauf von kouranten Waren oder von solchen Sachen handelt, die nur gelegentlich einen Käufer finden.

[2]) Vgl. O. R. Art. 118, 2; 322, 3; 470, 2; 476, 2.

oder bei den Verhandlungen mit dem Mitkontrahenten erfährt, dass der Schadenersatz, den er bei Ungültigkeit des Vertrages leisten muss, ebenso gross oder gar grösser ist, als der Nachteil, den er bei Gültigkeit des Vertrages erleidet. Stellt sich die exorbitante Höhe des negativen Vertragsinteresses erst im Laufe des Schadenersatzprozesses heraus, so kann der irrende Kontrahent X seinem Gegner A anbieten, den Vertrag, welchen er wegen Irrtums angefochten hat, nachträglich als verbindlich anzuerkennen; will A nicht darauf eingehen, so wird darin meist ein chikanöses Verhalten zu erblicken sein, welches den Richter ermächtigt, den zuzubilligenden Schadenersatz auf Grund von Art. 51 („in Würdigung der Umstände") auf den Betrag des positiven Vertragsinteresses herabzusetzen. Ausnahmsweise kann es indess vorkommen, dass X sich auf seinen Irrtum beruft, obwohl er weiss, dass er damit dem A einen Schaden zufügt, der das Erfüllungsinteresse übersteigt; dann entspricht es der Billigkeit, dem X den vollen Schadenersatz aufzuerlegen, z. B. X hat im wesentlichen aber fahrlässigen Irrtum eine Sache veräussert, an welcher er ein hohes Affektionsinteresse hat; er will sie um jeden Preis zurückhaben, obwohl er weiss, dass die Ungültigkeit des Vertrages den A in pekuniärer Beziehung mehr schädigt, als die Nichterfüllung des gültigen Vertrages ihn schädigen würde.

Der Haftung des irrenden Kontrahenten für das negative Vertragsinteresse, wie sie im Entwurf aufgestellt ist und sich aus O. R. Art. 23 ergiebt, ist in der gemeinrechtlichen Litteratur nicht selten der Vorwurf der Halbheit gemacht worden:[1]) Wenn der Irrtum verschuldet sei, so müsse man den Irrenden am Vertrage festhalten (vgl. Bd. XV S. 303, Note 2). Unverbindlichkeit des Vertrages und Ersatz des Schadens komme meist auf dasselbe heraus, wie Haltung des Vertrages. Mir will es im Gegenteil scheinen, als ob es dem O. R. gelungen sei, einen passenden Mittelweg zu finden, um sowohl den In-

---

[1]) Vgl. namentlich Bähr, Jahrb. für Dogm. Bd. XIV, S. 421 ff. und Hartmann, Jahrb. für Dogm. Bd. XX, S. 61 ff.

teressen des Irrenden als denen seines Mitkontrahenten gerecht zu werden. Warum soll man dem Irrenden, selbst wenn er leichtsinnig gehandelt hat, nicht gestatten, die eingegangene Verpflichtung von sich abzulehnen, wenn das, wie so oft, ohne Schädigung des Mitkontrahenten geschehen kann, oder wenn er den durch den Rücktritt angerichteten Schaden ersetzt? Je früher der Irrtum angerufen wird, um so geringer wird im Durchschnitt der Fälle der zu ersetzende Schaden sein, und in dieser Thatsache erblicke ich das beste Argument für die praktische Angemessenheit des vom O. R. eingenommenen Standpunktes. Das zeigt sich besonders an einem Beispiel, welches von Bähr und Hartmann angeführt wird, um die Kategorie des negativen Vertragsinteresses zu bekämpfen: X unterzeichnet in wesentlichem, aber unentschuldbarem Irrtum einen Bürgschaftsschein über 1000 Fr., während er entweder gar nicht oder nur für 400 Fr. Bürge sein wollte. Wie soll hier, fragen Bähr und Hartmann, wenn es dem X erlaubt wird, die eingegangene Verpflichtung für unverbindlich zu erklären, wie soll dann das negative Vertragsinteresse des getäuschten Gläubigers A bemessen werden? Ich sehe darin keine Schwierigkeit: a) Wird der Irrtum erst entdeckt, nachdem der Fall der Bürgschaft eingetreten ist, so haftet X aus Art. 23 nur für den Schaden, den A dadurch erlitten hat, dass er im Vertrauen auf die vermeintlich gültige Bürgschaft dem Schuldner Kredit gegeben hat; dieser Schaden besteht aber in dem Teil der Schuldsumme, welcher vom Schuldner nicht beigetrieben werden kann: X befindet sich faktisch in der Lage eines fideiussor indemnitatis, [1]) selbst wenn er sich als selbstschuldnerischer Bürge verpflichtet hat. b) Ist die Bürgschaftsschuld noch nicht fällig zu der Zeit, da X seinen Irrtum entdeckt und dem Gläubiger A anzeigt, so kann unter Umständen ein Schaden des A gänzlich vermieden werden: A ist vielleicht berechtigt, vom Schuldner anderweitige Sicherheiten zu verlangen, oder er ist in der Lage,

[1]) Windscheid, Pandekten, § 478, Note 1, Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 79, Note 16.

sich durch Retention oder durch rechtzeitige Betreibung des Schuldners zu schützen. Nach der Ansicht von Bähr wäre der Gläubiger berechtigt, alle diese Massregeln zu unterlassen, weil ihm X trotz seines Irrtums als Bürge haften würde. Die durch Art. 23 geschaffene Rechtslage scheint mir der bona fides besser zu entsprechen.

5. Wie für den Umfang des Schadens, so müssen auch für alle übrigen Fragen, die sich an Art. 23 knüpfen, die Regeln des ausserkontraktlichen Schadenersatzes zur Richtschnur dienen. So auch für die Beweislast: Der Kläger hat bei ausserkontraktlicher Ersatzklage das Verschulden des Beklagten zu beweisen, während bei Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines Vertrages der Beklagte nach Art. 110 den Entschuldigungsbeweis zu führen hat. Der Beweis der Fahrlässigkeit wird dem Kläger allerdings meistens nicht schwer fallen, wenigstens wenn es sich um Irrtum in der Erklärung handelt. Denn wer etwas anderes sagt, als er will, oder eine Urkunde unterschreibt, ohne sie genau oder überhaupt gelesen zu haben, begeht präsumptiv einen Verstoss gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt.[1] Meist wird schon in der Behauptung des Erklärungsirrtums zugleich ein Geständnis der Fahrlässigkeit enthalten sein; der Irrende wird den Richter nicht anders von seinem Irrtum überzeugen können, als indem er den Vorwurf des Leichtsinns auf sich nimmt.

6. Auf die Schadenersatzklage des Art. 23 findet die einjährige Verjährung des Art. 69 Anwendung. Wann beginnt diese Verjährung? Nach Art. 69 erst mit dem Tage, „an welchem der Geschädigte Kenntnis von der Schädigung

[1] Warum der Unterschreibende nicht gelesen hat, resp. nicht hat lesen können, thut nichts zur Sache; denn sein Verschulden liegt nicht darin, dass er die Urkunde nicht gelesen hat, sondern darin, dass er, ohne sie gelesen zu haben, seine Unterschrift hergab. So erledigt sich der in Seufferts Archiv, Bd. 29, Nr. 215, mitgeteilte und von Bähr in der Krit. Viertelj.-Schr., Bd. 70, S. 336, besprochene Fall, in welchem ein Bürge einen Bürgschaftsschein über eine grössere Summe, als er wollte, unterschrieben hatte, weil er den Schein ohne Brille nicht lesen konnte und die Brille nicht bei sich hatte.

und der Person des Thäters erlangt hat," nach allgemeinen Grundsätzen (Art. 149) beginnt die Verjährung mit der Fälligkeit des Anspruches, d. h. mit der Entstehung des Schadens. Von beiden Ausgangspunkten aus kommt man zu dem Resultat, dass die Verjährung nicht mit der unerlaubten Handlung, d. h. dem fahrlässigen Irrtum beginnt, sondern erst mit der Erklärung des Irrenden, dass er sich durch den Vertrag nicht binden lassen wolle; vordem ist jedenfalls dem Mitkontrahenten nicht bekannt, dass er geschädigt sei; aber auch objektiv betrachtet ist es nicht gewiss, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist. Denn der Vertrag kann gültig werden, wenn ihn der Irrende nachträglich bestätigt, oder wenn der Fall des Art. 28 eintritt.

Schon hier zeigt es sich, dass der Thatbestand der Schädigung des Art. 23 ganz eigentümlich beschaffen und dogmatisch sehr interessant ist: Die unerlaubte Handlung, aus welcher der Irrende haftet, ist durch den Vertragsschluss, resp. die demselben vorangegangenen Verhandlungen begangen, aber der Schaden wird erst durch eine spätere Handlung des Irrenden, durch die Geltendmachung des Irrtums, gestiftet, und diese zweite Handlung ist dem Irrenden vom Gesetz ausdrücklich gestattet. Der Gesetzgeber will es dem Irrenden ermöglichen, sich aus der üblen Lage, in der er sich befindet, selbst mit Schädigung des Mitkontrahenten zu befreien; aber wenn der Irrende diese Situation, aus welcher er sich auf Kosten seines Gegners rettet, selbst verschuldet hat, so haftet er auf das Interesse seines Gegners. Also: Schadenersatz aus einer unerlaubten Handlung, wenn der Thäter den Anlass zu dieser Handlung schuldhafter Weise herbeigeführt hat.[1])

[1]) Eine analoge Gestaltung des Thatbestandes findet sich beim Schadenersatz bei Notwehr gegen einen selbstverschuldeten Angriff. Die culpa des in Notwehr Handelnden liegt darin, dass er sich in eine Lage versetzt hat, aus welcher er sich nur durch eine (unter den vorliegenden Umständen allerdings erlaubte) Schädigung des X befreien kann. Schuld und Schadenstiftung fallen hier zeitlich auseinander und sind in zwei verschiedenen Handlungen des Thäters zu suchen. Vgl. Entwurf, Reichstagsvorlage § 222 a. E. „Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadenersatz verpflichtet." — Da der deutsche Entwurf den Irrenden auch ohne Vorliegen

7. Endlich giebt es noch einen Punkt, in welchem sich kontraktlicher und ausserkontraktlicher Schadenersatz unterscheiden: Die Haftung für Angestellte (und Arbeiter)[1] ist bei Vertragserfüllung eine absolute (Art. 115); wo es sich dagegen um ausserkontraktlichen Schaden handelt, gewährt Art. 62 dem Geschäftsherrn die Möglichkeit, sich von der Haftung durch den Nachweis zu befreien, „dass er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um einen solchen Schaden zu verhüten.“ Nun gehört Art. 23, wie ich annehme, zum Gebiet des ausserkontraktlichen Schadens, es kommt daher nicht Art. 115 in Betracht; man kann auch nicht wohl den Irrenden, für den der Vertrag unverbindlich ist, als „Schuldner“ bezeichnen, und Art. 115 spricht von der Verantwortlichkeit des Schuldners.[2])

Wir kämen also zu dem Resultat, dass ein Kaufmann, welcher einen tüchtigen Prokuristen angestellt hat und alle erforderliche Sorgfalt in der Ueberwachung des Geschäftsganges ausübt, nicht für den Schaden aufzukommen braucht, den der Prokurist in einem Moment des Leichtsinns durch fahrlässigen wesentlichen[3]) Irrtum angerichtet hat. Der

einer culpa haften lässt, so ist die Rechtslage des Irrenden in Bezug auf seine Ersatzpflicht mit dem Notstande vergleichbar. Diese Zusammenstellung findet sich schon bei Unger, Handeln auf eigene Gefahr, S. 30 ff.

[1]) Die Arbeiter kommen hier nicht in Betracht, da sie in der Regel nicht zum Abschluss von Rechtsgeschäften verwendet werden.

[2]) Dasselbe gilt vom deutschen Entwurf, Reichstagsvorlage § 272: „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden.“ Vgl. den § 815, welcher dem Art. 62 des O. R. entspricht.

[3]) Die Wesentlichkeit des Irrtums ist aus der Person des Vertreters zu beurteilen, vgl. Windscheid, Pandekten, § 73, Note 17, Regelsberger, Pandekten, § 159, Note 9. Dabei ist Wille und Willenserklärung des Vertreters so zu betrachten, wie wenn er das Rechtsgeschäft in eigenem Namen abschlösse. Eine weitere Beachtung, als ein Kontrahent in eigenem Namen, kann meines Erachtens ein Stellvertreter nicht beanspruchen. Daraus ergiebt sich, dass ein Irrtum des Vertreters über den Umfang seines Auftrags (man kann von error in mandato sprechen) für unwesentlich gelten muss, weil das Vorliegen einer Instruktion nicht zu den Vertragsverabredungen, sondern zu den extra negotium liegenden Umständen gehört und ein Irrtum darüber nur Irrtum im Motiv sein kann, vgl. Bd. XV § 5, S. 306 ff.

Mitkontrahent müsste sich an den vielleicht mittellosen Prokuristen halten.[1]) Dieses Resultat erscheint mir ausserordentlich unbillig zu sein, es widerspricht auch einer im Gemeinen Recht aufgestellten Ansicht,[2]) während es eine herrschende Meinung in diesem Punkte nicht zu geben scheint. Ich glaube nun, dass die oben gegebene Argumentation zwar dem Wortlaut des Gesetzes entspricht, aber doch nicht zwingend ist; man kann ihr mit folgender Erwägung begegnen: Wenn es dem Prinzipal erlaubt ist, sich auf einen wesentlichen Irrtum zu berufen, der in der Person seines Vertreters eingetreten ist, so erfordert es die Billigkeit, dass er auch die ungünstigen Folgen des Irrtums auf sich nimmt. Das um so mehr, als, wie wir oben unter Nr. 6 gesehen haben, die Schädigung dem Mitkontrahenten nicht sowohl durch den Irrtum als durch die Berufung auf den Irrtum zugefügt wird, und die Anfechtung eines Vertrages wegen Irrtums sich als ein mit der Verpflichtung zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses belastetes Recht darstellt.

8. Zum Schluss will ich noch auf einen Missstand hinweisen, der sich beim Irrtum aus der mit Schadenersatz verbundenen Ungültigkeit des Vertrages zu ergeben und der sowohl im O.R. als im deutschen Entwurfe vorzuliegen scheint:[3]) Der irrende Kontrahent X kann den Vertrag für unverbindlich erklären und haftet dann auf Schadenersatz. Dadurch wird dem Mitkontrahenten A, welcher ein Recht, z.B. Eigentum, Hypothek etc. erworben zu haben glaubte, dieses Recht entzogen und dafür eine Ersatzforderung zugewiesen, mit welcher ihm, wenn X mittlerweilen in Konkurs verfallen ist, wenig

---

[1]) Anders liegt natürlich der Fall, wenn ein Angestellter in einem Briefe einen Irrtum begeht und der Prinzipal diesen Brief unterschreibt. Hier hat der Prinzipal den vom Kommis geschriebenen Brief zur eigenen Willenserklärung gemacht (vgl. Bd. XV S. 288, Note 1) und haftet daher aus seinem eigenen Irrtum.

[2]) Goldschmidt, System des Handelsrechtes, zweite Auflage, S. 106; wie es scheint, auch Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 38, Note 6.

[3]) Vgl. Strohal in Jahrb. für Dogm., Bd. 34, S. 358 und dazu Eck, a. a. O. S. 51.

gedient ist. Ist dem wirklich so? Die Antwort lässt sich nur für die einzelnen Fälle geben:

a) Der Mitkontrahent A hat noch keine Leistung erhalten, er hat z. B. den Kaufpreis von 100 noch zu fordern; der Käufer X fällt in Konkurs und der Konkursverwalter beruft sich auf wesentlichen Irrtum des X. Infolge dessen hat A einen Anspruch auf Ersatz seines negativen Vertragsinteresses (= 20). Bei dieser Forderung erleidet er einen Ausfall, aber das scheint mir nur billig zu sein, denn auch mit seiner Kaufgeldforderung von 100 würde er denselben prozentualen Verlust erleiden, und hier, da der Kauf unwirksam wird, bekommt er noch seine Sache aus dem Konkurse zurück.

b) Der Mitkontrahent A hat eine Sache gekauft und tradiert erhalten, welche nun vom Konkursverwalter des X mit Berufung auf Irrtum zurückverlangt wird. Dieser Anspruch kann Vindikation sein;[1]) dann hat A für seine Ersatzforderung das Retentionsrecht des Art. 224, denn an der Konnexität zwischen der Rückforderung der Sache und dem Ersatzanspruch kann meines Erachtens kein Zweifel sein. Oder: A ist Eigentümer der ihm von X in wesentlichem Irrtum zugewendeten Sache; dann kann sich A auf das sog. obligatorische Retentionsrecht des Art. 95 berufen.[2]) In beiden Fällen bleibt er, wie es auch der Billigkeit entspricht, schadlos: er hat dem X keinen Kredit gegeben, er wird auch nicht durch einen Irrtum des X, für den er nichts kann, zu einem Kreditor des X gemacht.

c) A hat dem X ein Darlehen gegen Hypothek gegeben. Die Hypothek ist wegen Irrtums ungültig. Ohne den Irrtum

---

[1]) Unter welchen Umständen der wesentliche Irrtum den Eigentumsübergang hindert, wird weiter unten bei der Auslegung des Art. 28 zu untersuchen sein.

[2]) Art. 95 spricht zwar nur von „zweiseitigen Verträgen," aber dieser Artikel muss extensiv interpretiert und auf alle synallagmatischen Rechtsverhältnisse angewendet werden, auch auf die, welche nicht aus einem Vertrage entspringen (vgl. Entwurf, Reichstagsvorlage § 267), so z. B. auf gegenseitige Verpflichtungen aus negotiorum gestio, auf die gegenseitige Rückforderung des Art. 33 u. s. w.

des X wäre A vollkommen gesichert. Jetzt hat er zwar einen Anspruch auf sein negatives Vertragsinteresse, aber dieser Anspruch hilft ihm nichts, wenn er ihn im Konkurse des X anmelden muss. Hier wäre zu versuchen, ob man nicht die Ersatzforderung als Masseschuld konstruieren kann: Der Konkursverwalter ist es, der durch sein Rechtsgeschäft (die Anfechtung) den Ersatzanspruch des Mitkontrahenten A zur Entstehung bringt. Dieser Ersatzanspruch ist keine Konkursforderung, weil er zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht existierte.[1])

§ 11. Falsche Uebermittelung der Willenserklärung.

1. Ich habe schon Bd. XV, S. 282 hervorgehoben, dass eine Divergenz von Wille und Willenserklärung vorkommen kann, ohne dass ein Irrtum des Erklärenden dabei mit im Spiele ist: Die Erklärung wird richtig abgegeben und kommt falsch beim Adressaten an, wir haben es hier, um einen Ausdruck des Kriminalisten zu gebrauchen, mit einer „Aberration" der Erklärung zu thun.[2]) Man kann zweifeln, was hier als „Willensäusserung" im Sinne des Art. 1 zu gelten habe, die Aufgabe- oder die Ankunftsdepesche. Ich habe mich Bd. XV, S. 280 für letzteres entschieden und zugleich konstatiert, dass das O. R. für diesen Fall keine Vorsorge trifft.[3]) Das ist um

---

[1]) Auch nicht als bedingte Forderung; denn eine Forderung, deren Existenz von der Entschliessung des Schuldners abhängt, gilt als noch nicht entstanden, vgl. Windscheid, Pandekten § 93. — Eine Analogie zu unserem Falle wäre in einem Vertrage zu finden, bei welchem dem X der Rücktritt gegen Zahlung von 20 freigestellt ist; wenn nun der Konkursverwalter des X sich für den Rücktritt entschliesst, so hat er die 20 als Masseschuld zu zahlen.

[2]) Es scheint mir eine recht gezwungene Auffassung zu sein, wenn Pininski, Sachbesitzerwerb, Bd. II, S. 529 ff. die Aberration der Erklärung unter den Begriff des Irrtums subsumiert: der Erklärende soll, die faktische Folge seines Handelns nicht voraussehend, sich im Irrtum über den Sinn und Inhalt seiner Erklärung befinden.

[3]) Diese Lücke ist schon von Vogt, Anleitung zum O. R. S. 45 bemerkt worden.

so merkwürdiger, als zur Zeit der Abfassung des O. R. über diese Frage eine überaus umfangreiche Litteratur existierte, welche durch einen Rechtsstreit zwischen einem Kölner und einem Frankfurter Handlungshause ins Leben gerufen war.[1]) Es bleibt nichts anderes übrig, als hier zum Hülfsmittel der Analogie zu greifen. Es ergiebt sich daraus, dass dem Erklärenden in den Fällen, in welchen die Divergenz zwischen Willen und Erklärung als wesentlich erscheint, gestattet sein muss, den Vertrag für unverbindlich zu erklären.[2]) Zu Gunsten des Erklärenden spricht ein überaus starkes argumentum a minori ad maius: Wenn sich X auf einen durch seine eigene Handlung hervorgebrachten, fast immer verschuldeten, Fehler berufen kann, so muss es ihm noch viel eher freistehen, eine Erklärung als nicht gewollt abzulehnen, deren Falschheit ohne seine Beteiligung eingetreten ist.

2. Wie steht es nun aber mit dem Schadenersatze auf Grund von Art. 23? Wenn die Abirrung der Erklärung auf eine Fahrlässigkeit des X zurückzuführen ist, dann haftet er zweifellos, so z. B. wenn er das Aufgabetelegramm so undeutlich geschrieben hat, dass ein Missverständnis in der Person des Telegraphisten leicht eintreten konnte, oder wenn X eine unzuverlässige Person mit einer mündlichen Botschaft beauftragte; vielleicht wird man noch weiter gehen und schon darin eine Fahrlässigkeit erblicken, dass X überhaupt eine rechtsgeschäftliche Mitteilung durch einen Boten machte, da doch fast immer die Möglichkeit vorlag, dem Boten einen Zettel mitzugeben und damit die Gefahr einer falschen Erklärung zu vermeiden. Aber es giebt eine Grenze, jenseits welcher es geschmacklos wäre, von einer Fahrlässigkeit zu sprechen: ein ordnungsmässiges Telegramm ist z. B. so sehr

[1]) Vgl. Windscheid, Pandekten, § 309, Note 5; Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 116, Note 14 und neuestens R. Merkel, Kollision rechtmässiger Interessen, S. 161 ff.

[2]) In diesem Sinne bestimmt der deutsche Entwurf, Reichstagsvorlage § 116: „Eine Willenserklärung, welche durch die zur Uebermittelung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist, kann unter der gleichen Voraussetzung angefochten werden, wie eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung."

ein gewöhnliches Mittel des Verkehrs, dass man dessen Absendung so wenig als eine Fahrlässigkeit bezeichnen kann, wie etwa den Betrieb einer Eisenbahn, in welchem das O. A. G. München eine kulpose Thätigkeit erblickt hat.[1]) Und doch verlangt unser Rechtsgefühl in diesen Fällen eine Haftung des Erklärenden für den durch den Fehler der Erklärung angerichteten Schaden; das beweisen die zahlreichen zum Teil sehr künstlichen Konstruktionsversuche, die gelegentlich des „Kölner Falles“ gemacht wurden. Das richtige wird wohl sein, hier eine Haftung ohne Schuld anzunehmen, wie sie bei gefährlichen und doch erlaubten Handlungen vorkommt.[2]) Der Telegraphierende muss damit rechnen, dass die Depesche verstümmelt ankommen kann, und wenn er das aus guten Gründen riskiert, so soll das Risiko ihn treffen, er handelt „auf eigene Gefahr.“

3. Bei der Aberration der Erklärung hat der deutsche Entwurf (§ 118) dieselbe Schadenersatzpflicht des Erklärenden wie beim Irrtum statuiert, nur mit dem Zusatz: „Im Fall des § 116 (Aberration) ist die Schadenersatzpflicht ausgeschlossen, wenn die Unrichtigkeit der Uebermittelung ihren Grund in höherer Gewalt hat.“ Diese Ausnahme ist von der Kritik vielfach getadelt worden, hauptsächlich aus dem Grunde, dass eine Gebietserweiterung für den fast nicht zu definierenden Begriff der vis maior nicht wünschenswert sei.[3]) Mir scheint die Ausnahme von der Haftung im Fall der höheren Gewalt vor allem prinzipiell verwerflich zu sein. Auf anderen Rechtsgebieten mag die Unterscheidung zwischen casus und vis maior ihre rechtspolitische Bedeutung haben. Da, wo es, wie beim Eisenbahnbetrieb, Unfälle giebt, zu deren Vermeidung beim jetzigen Stand der Technik noch keine Möglich-

---

[1]) Vgl. das berühmte Erkenntnis in Seufferts Archiv, Bd. 14, Nr. 208. Vgl. übrigens auch aus neuester Zeit das Urteil des Kassationshofes Bern in der Zeitschr. des bern. Jur.-Vereins, Bd. 31, Nr. 18, in welchem es einem Reisenden zur Schuld angerechnet wird, dass er in einem Gasthof erkrankte, resp. in demselben verstarb, statt denselben rechtzeitig zu verlassen.

[2]) Vgl. Unger, Handeln auf eigene Gefahr, zweite Aufl., S. 30 ff.

[3]) Vgl. darüber Eck a. a. O. S. 50.

keit und daher keine Verpflichtung vorliegt, die aber denkbarerweise durch weitere Vervollkommnungen und Erfindungen vermeidbar werden können, da hat die vom Gesetz dem Unternehmer auferlegte Haftung für casus die sehr erhebliche Wirkung, den Unternehmer für solche oft kostspielige Neuerungen zu interessieren. Auf der andern Seite giebt es Unfälle, gegen welche anzukämpfen von vornherein für aussichtslos gilt. Eine Haftung in diesen Fällen — vis maior — hat keinen rechtspolitischen Zweck und wird daher auch dem Unternehmer nicht auferlegt.

Ganz anders liegen die Dinge bei der Haftung für Abirrung der Erklärung. Der telegraphierende Kaufmann steht der technischen Einrichtung des Telegraphen ganz fremd und machtlos gegenüber; es kann von ihm ebensowenig erwartet werden, dass er Massregeln zur Abwendung des casus trifft, als dass er der vis maior entgegenzutreten versucht. Es fehlt daher an jedem Grunde, für den, dessen Erklärung durch den Telegraphen entstellt worden ist, einen Unterschied zwischen Verschulden der Telegraphenanstalt, casus und höherer Gewalt zu machen. [1])

Es kann sich nur darum handeln, wer von den beiden Parteien, Absender oder Adressat, den Schaden des fremden Fehlers tragen soll. Und da darf meines Erachtens nicht das rohe Prinzip zur Anwendung kommen, dass der Schaden an dem hängen bleibt, der von ihm betroffen wird, sondern der muss den Schaden tragen, welcher sich in seinem Interesse des gefährlichen und in casu schädlichen Mittels bedient hat. [2])

Die Haftung des Erklärenden für einen Fehler in seiner Erklärung ist natürlich ausgeschlossen, wenn er zum Adres-

---

[1]) Dagegen wären diese Unterschiede sehr erheblich, wenn es sich darum handelte, die Haftung der Telegraphenanstalt für Fehler der Uebermittelung zu regulieren.

[2]) Der Empfänger der falschen Erklärung hat selbstverständlich keinen Anspruch auf Schadenersatz, wenn er den Fehler gekannt hat oder hätte kennen sollen. Das ergiebt sich aus der analogen Anwendung von Art. 23 und 51, Abs. 2.

saten in einem Rechtsverhältnis steht, vermöge dessen er auf Gefahr des Adressaten handelt, z. B. als Mandatar desselben. Wenn die Benutzung des Telegraphen im Sinne des Auftrages erlaubt oder ein utiliter gestum ist, so trägt der Geschäftsherr den daraus entstehenden Schaden, wie jeden anderen, welcher ohne Schuld des Beauftragten sich aus der Geschäftsführung ergiebt (arg. Art. 396 und 400). Wenn z. B. der Kommissionär auftragsmässig gekauft hat und seine telegraphische Meldung „gekauft" fälschlich als „verkauft" eintrifft, und daraus dem Kommittenten ein Schaden erwächst, so hat der Kommissionär dafür nicht aufzukommen.[1])

3. Wenn wir so zu dem Resultat kommen, dass der Erklärende stets den Schaden ersetzen muss, wenn er seine durch einen Uebermittelungsfehler entstellte Erklärung nicht gelten lassen will, so könnte man dagegen einwenden, dass darin eine inelegantia iuris liegt gegenüber dem Falle des Erklärungsirrtums, in welchem nach Art. 23 nur bei Fahrlässigkeit für den Schaden gehaftet wird. Allein die strengere Haftung für Uebermittelungsfehler im Gegensatz zur Haftung für Erklärungsirrtum widerspricht, genauer betrachtet, durchaus nicht den Anschauungen, welche im modernen Rechte des Schadenersatzes gelten, resp. im Begriff sind zum Durchbruch zu kommen. Bei der unmittelbaren Erklärung (vgl. Bd. XV, S. 288) haben wir es mit einer Handlung zu thun, welche an sich rechtlich indifferent ist; nur wenn dabei eine Fahrlässigkeit vorkommt, entsteht eine Haftung für den daraus sich ergebenden Schaden. Es wäre zu weit gegangen und eine Rückkehr auf den in langer historischer Entwickelung überwundenen Standpunkt der objektiven Kausalität als Haftungsgrund, wenn man jeden Schaden, welcher aus einer prima facie ungefährlichen Handlung durch das Spiel des Zufalls entsteht, ohne Rücksicht auf ein Verschulden dem Thäter aufbürden wollte. Es genügt, wenn man vom Handelnden omnem diligentiam verlangt und ihn für jeden Verstoss da-

[1]) Das Telegramm des Kommissionärs ist aber auch keine „Willenserklärung," sondern eine in Erfüllung der Verpflichtung des Art. 432, Abs. 1 abgesandte Benachrichtigung.

gegen haften lässt. Anders steht es jedoch mit solchen Handlungen, bei denen sich der Thäter der Möglichkeit des Schadens bewusst ist, die ihm als unsicher und gefährlich erscheinen oder bei klarer Ueberlegung erscheinen müssten, und die er doch, um seines Vorteiles willen, vornimmt. Diese Handlungen bleiben zwar erlaubt, wenn sie das Gesetz oder die Parteiverabredung nicht eben wegen ihrer Gefährlichkeit speziell verbietet, oder wenn sie nicht nach Lage der Umstände mit Rücksicht auf ihre grosse Gefährlichkeit hätten unterbleiben sollen, aber sie verpflichten trotz ihrer Erlaubtheit zum Ersatze des thatsächlich aus ihnen hervorgehenden Schadens.

Dieser Gedanke, dass es Schadenersatz aus erlaubten gefährlichen Handlungen gebe, ist allerdings in den modernen Kodifikationen nicht allgemein ausgesprochen, weil er im Corpus Juris nicht rein hervortritt, sondern teils in das trügerische Gewand einer unbewiesen vorausgesetzten culpa gehüllt ist,[1]) teils durch Rechtsbehelfe verwirklicht wird, bei denen die Frage der culpa eliminiert ist.[2]) Auch O. R. Art. 50 spricht nur von Schadenersatz aus „unerlaubten Handlungen," ebenso der deutsche Entwurf, Reichstagsvorlage § 807 ff. Aber der Entwurf hat dieses aquilische Prinzip nur deshalb als allgemeinen Grundsatz beibehalten können, weil er in einzelnen Fällen Ausnahmen zugelassen hat. Dazu gehört gerade unser Fall der falsch übermittelten Willenserklärung.[3])

Auf dem Boden des O. R. bleibt nun de lege lata nichts anderes übrig, als entweder

---

[1]) Vgl. Regelsberger, Pandekten, § 140, Note 12.

[2]) Ich denke beispielsweise an die cautio damni infecti und cautio ratam rem. Wo die Erzwingbarkeit resp. Sitte solcher Kautionen weggefallen ist, taucht im modernen Recht die Frage nach der Haftung aus erlaubten Handlungen auf.

[3]) Vgl. beispielsweise auch Entwurf § 225: „Wer eine der in § 223 bezeichneten Handlungen (erlaubte Selbsthülfe) in der irrigen Annahme vornimmt, dass die für den Ausschluss der Widerrechtlichkeit erforderlichen Voraussetzungen vorhanden seien, ist dem anderen Teile zum Schadenersatze verpflichtet, auch wenn der Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht."

a) unseren Fall unter Art. 50 resp. 23 zu stellen, wobei man freilich zu der unschönen Begründung greifen muss, dass das Telegraphieren eben wegen der voraussehbaren Gefahr, die von diesem Modus der Uebermittelung unzertrennlich ist, als schuldhafte widerrechtliche Handlung erscheint (eine Argumentation, die man im einzelnen Fall durch das Anführen konkreter Umstände weniger anstössig machen kann),

b) oder zuzugeben, dass Art. 50 zu eng ist, dass es Fälle giebt, in denen ein Schadenersatz aus erlaubten und daher nicht schuldhaften Handlungen hervorgeht, und dass zu diesen Fällen — deren Abgrenzung bei dem jetzigen Stande der Doktrin noch nicht leicht vorzunehmen ist — jedenfalls die Haftung für falsche Uebermittelung einer Willenserklärung gehört.

Welcher dieser beiden Wege eingeschlagen wird, hängt vom Temperament des Richters ab, sowie von seinen Anschauungen über die Befugnis des Richters, Rechtssätze anzuwenden, die im Gesetzbuch nicht ausgesprochen sind. Weniger erfreulich wäre es, wenn in einem solchen Falle der Richter sich an den Buchstaben und den richtig verstandenen Sinn des Art. 50 absolut gebunden glaubte und zu dem, unserem Rechtsgefühl entschieden widersprechenden Resultat käme, dass der Offerent, der sich des Telegraphen bedient, einen Fehler des Telegraphen geltend machen kann, ohne dem Adressaten den auf diese Weise zugefügten Schaden zu ersetzen.

Nur ein Rechtsfall, der zur gerichtlichen Entscheidung kommt, kann das Recht in diesem Punkte fixieren.

(Schluss folgt im nächsten Heft.)

Zum Art. 217 des eidgenössischen Betreibungs- und Konkursgesetzes.

Von Dr. Friedr. Götzinger, Civilgerichtsschreiber in Basel.

Während Art. 215 des B. G. über Schuldbetreibung und Konkurs die Fälligkeit der Verpflichtungen im Konkurse des Gemeinschuldners auf die Bürgschaftsverpflichtungen ausdehnt, im Gegensatz zu Art. 493 und 500 O. R., und Art. 216 die Vorschriften des O. R. (Art. 810) über den gleichzeitigen Konkurs von wechselmässig Regresspflichtigen zu einem allgemein konkursrechtlichen Grundsatz erhebt, ist in dem dritten, die Stellung der Mitverpflichteten im Konkurse ordnenden Artikel 217, das Verhältnis mehrerer Mitverpflichteten, von denen nur der eine im Konkurse liegt, in durchaus origineller Weise näher bestimmt. Der Art. 217 lautet:

„Ist ein Gläubiger von einem Mitverpflichteten des „Gemeinschuldners für seine Forderung teilweise befriedigt „worden, so wird gleichwohl im Konkurse des letzteren die „Forderung in ihrem vollen ursprünglichen Betrage aufge„nommen, gleichviel, ob der Mitverpflichtete gegen den „Gemeinschuldner rückgriffsberechtigt ist oder nicht.

„Das Recht zur Eingabe der Forderung im Konkurse „steht dem Gläubiger und dem Mitverpflichteten zu.

„Der auf die Forderung entfallende Anteil an der „Konkursmasse kommt dem Gläubiger bis zu seiner voll„ständigen Befriedigung zu. Aus dem Ueberschusse erhält „ein rückgriffsberechtigter Mitverpflichteter den Betrag, den „er bei selbständiger Geltendmachung des Rückgriffsrechtes „erhalten würde. Der Rest verbleibt der Masse.“

I. Welches ist zunächst der Thatbestand, den der Artikel zur Voraussetzung macht? Die teilweise Befriedigung des Gläubigers durch einen Mitverpflichteten des Gemeinschuldners. Die Beschaffenheit der Forderung wird durch den weiten Begriff der „Mitverpflichtung“ ausgedrückt. Dass damit ein weiterer Kreis als der der Solidarschuldverhältnisse im Sinne von Art. 162 O. R. und der Wechselverpflichtungen ins Auge gefasst war, ergiebt nicht allein schon der Wortlaut, sondern auch Art. 215, Abs. 2, wo für den Fall gleichzeitigen Konkurses des Hauptschuldners und der Bürgen oder zweier Mitbürgen ausdrücklich auf die Art. 216 und 217 verwiesen wird. Mitverpflichtet sind alle Personen, welche „für dieselbe Forderung auf das Ganze haften,“ wie sich die deutsche Konkursordnung präziser ausdrückt (§ 61). Und zwar bedarf es nicht, wie im deutschen Konkursrecht, einer Haftung „nebeneinander,“ es genügt eine Haftung nacheinander.

Im Kommentar zum B. G. von Weber und Brüstlein wird dies zwar bestritten. Auf Seite 278 (Anm. 3) wird zu Art. 216, welcher von denselben „Mitverpflichteten“ handelt, bemerkt, dass die Verpflichtung des Hauptschuldners und des Bürgen (oder der mehreren Bürgen) nur dann als Mitverpflichtung im Sinne dieses Artikels könne aufgefasst werden, wenn „der Gläubiger die ganze Forderung gleichzeitig gegen Hauptschuldner wie gegen Bürgen geltend zu machen berechtigt ist.“ Als Beispiele werden aufgeführt die Fälle des Art. 495 O. R. (Solidarbürgschaft des Selbstzahlers), des Wegfalls der Einrede der Vorausklagung und der Teilung.

Nun besteht in allen Fällen, wo Hauptschuldner und Bürge in Konkurs geraten sind, kein Zweifel für die Anwendbarkeit des Art. 216. Die Bürgschaft ist fällig und kann angemeldet werden, selbst wenn die Hauptschuld ohne den Eintritt des Schuldnerkonkurses noch nicht fällig wäre. Bedenken entstehen erst, wenn noch ein weiterer, aufrechtstehender Bürge da ist, oder wenn mehrere Bürgen, alle oder nur einzelne derselben, fallit sind. Können hier nur die Anteile an der Hauptschuld, die auf den einzelnen Bürgen entfallen, angemeldet werden, oder in jedem Konkurs die

ganze Schuld? Doch wohl letzteres, nach folgenden Erwägungen. Mitbürgen (ohne Solidarhaft) haften dem Gläubiger für ihre Anteile als einfache Bürgen, für die Anteile der Uebrigen als Nachbürgen. Der Nachbürge haftet neben dem Vorbürgen, wie der einfache Bürge neben dem Hauptschuldner (Art. 496, 497 O. R.). Gerät also ein Mitbürge in Konkurs, so wird die Nachbürgschaft der übrigen für den Anteil des falliten Bürgen fällig. Sind alle Bürgen im Konkurs, so sind auch alle Nachbürgschaften fällig geworden, d. h. jeder kann für die ganze Schuld in Anspruch genommen werden.

Es müssen aber überhaupt alle Nachbürgschaften, auch nicht fällige, gemäss dem allgemeinen Grundsatz des Art. 215 angemeldet werden können; der Zweck dieser Bestimmung wie des Art. 210 geht dahin, möglichst alle bestehenden Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners, auch bedingte, festzustellen und zu liquidieren. Besonders deutlich geht dies aus Abs. 2 des Art. 215 hervor, wonach die Masse des einen Mitbürgen für den bezahlten Betrag „in die Rechte des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner und den Mitbürgen" eintritt. Es wurde also vorgesehen, dass die Masse mehr als den auf den Gemeinschuldner entfallenden Bürgschaftsanteil bezahle. Es entspricht dies auch der Billigkeit. Denn der Gläubiger, welchem mehrere Bürgen haften, soll auch mehrfache Sicherheit haben. Er hat sie aber nicht im ganzen Umfang, wenn er im Konkurse des einen Bürgen nicht auch dessen subsidiäre Verpflichtung für die anderen liquidieren kann. Er würde sich unter Umständen, wenn z. B. die Masse des Gemeinschuldner-Bürgen eine stattliche Dividende abwirft, während vom aufrechtstehenden Bürgen nichts zu erhoffen ist, besser stellen, wenn er nur jenen einen Bürgen hätte.

Wir kommen also zu dem Resultat: Der Gläubiger kann in jedem Falle von Konkurs eines Bürgen die Hauptforderung im vollen Betrage geltend machen. Der Kreis der „Mitverpflichteten" des Art. 216 muss sich auf alle Bürgen erstrecken, gleichviel ob sie einfache oder Solidarbürgen sind, und ob die Bürgschaft im ganzen Betrag der Hauptforderung im Moment

des Konkursausbruchs schon fällig sei oder nicht. Dies gilt dann auch in gleicher Weise für den Art. 217, wobei wiederum noch der Abs. 2 des Art. 215 angerufen werden kann, welcher auf Art. 217 für das Verhältnis von Hauptschuldner und Bürge und von Bürgen untereinander ausdrücklich verweist. — Nicht hieher gehört aber der Rückbürge. Er ist wohl für dieselbe Forderung, welche vom Gläubiger auf den zahlenden Bürgen übergeht, aber nicht dem Gläubiger, sondern dem Bürgen verpflichtet. Dem Gläubiger steht niemals ein Griff auf ihn zu.

Ebenfalls nicht hieher gehört die Mitverpflichtung für eine unteilbare Leistung, wie auch der Kommentar richtig bemerkt. Denn jede unteilbare Leistung verwandelt sich im Konkurs in eine Leistung zu Schadenersatz in Geld, und für diesen Fall kann jeder Schuldner nur für seinen Anteil belangt werden (Art. 80 O. R.).

Die Mitverpflichtung muss vor Konkursausbruch bestanden haben; dagegen verlangt das Gesetz nicht, dass im Zeitpunkt des Konkursausbruches eine Mitverpflichtung noch bestehe, sofern sie nur bestanden und eine teilweise Befriedigung stattgefunden hat. Es liegt auch kein innerer Grund vor, den Fall, wo der Bürge die Hälfte der Schuld bezahlt hat und dann aus der Bürgschaft entlassen worden ist, anders zu behandeln, als den, wo die Bürgschaft noch weiter besteht. Im einen wie im andern Falle ist die Wirkung, die einen der Zwecke des Gesetzes erfüllt, gerechtfertigt, dass nämlich Regressberechtigte in keinem Falle etwas aus der Masse sollen erhalten können, bevor der Gläubiger ganz befriedigt ist.

II. Seitens des Mitverpflichteten muss eine teilweise Befriedigung stattgefunden haben, also eine Zahlung, Verrechnung, oder Novation im Sinne von Art. 142, Ziff. 2 O. R., so dass durch die Uebernahme der Schuld durch den einen der andere Mitverpflichtete dem Gläubiger gegenüber befreit wird.

Ob die Teilzahlung freiwillig oder infolge von Zwangsvollstreckung geleistet wurde, bleibt gleichgültig. — Andere Gründe des Untergangs einer Forderung werden nicht

nach diesem Artikel beurteilt. Bei Erlass, Verjährung, Unmöglichkeit der Erfüllung etc. bezüglich des einen Mitverpflichteten, wird daher stets nach civilrechtlichen Grundsätzen zu untersuchen sein, ob auch der andere Mitverpflichtete von der Obligation befreit sei oder nicht.

Ist vor Konkurs die Schuld für den einen Mitverpflichteten auf einem dieser Wege, ohne Befriedigung, nur teilweise erloschen, so besteht die Mitverpflichtung für den Rest weiter und kann nur für diesen der Artikel Anwendung finden. Ein Nachlassvertrag gilt gemäss positiver Vorschrift dem Mitverpflichteten gegenüber nicht als Tilgung der ganzen Schuld; nach Art. 303 geht der Gläubiger seiner Rechte gegen Mitschuldner und Bürgen nicht verlustig, d. h. die Erfüllung des Nachlassvertrages befreit nur den Schuldner des Nachlassvertrages vollständig, die anderen nur teilweise; Art. 217 findet daher Anwendung, wenn nachträglich einer der übrigen Verpflichteten in Konkurs gerät. — Die Zahlung muss von seiten eines Mitverpflichteten erfolgt sein. Zahlung des Gemeinschuldners selbst reduziert die Forderung, ebenso Befriedigung durch einen dritten Nichtverpflichteten, selbst dann, wenn er sich für den Rest der Schuld mitverpflichtet hat, denn er hat nicht als Mitverpflichteter bezahlt.

III. Treffen die sub I und II erörterten Voraussetzungen zu, so soll der Gläubiger im Konkurse des nichtzahlenden Schuldners oder Bürgen die Forderung „in ihrem vollen, ursprünglichen Betrag“ anmelden können. Also eine konkursrechtliche Modifikation der Art. 166, 501 und 504 O. R., welche civilrechtlich bestimmen, dass Befriedigung des Gläubigers durch einen Solidarschuldner oder durch den Hauptschuldner einer verbürgten Schuld die anderen Solidarschuldner oder den Bürgen befreit, und dass an Stelle des Gläubigers der zahlende Bürge für den bezahlten Betrag tritt. Die erste Ausnahme von diesem Satz hatte schon das O. R. in Art. 167 geschaffen, wonach „im Konkurse jedes Solidarschuldners“ die ganze Forderung geltend gemacht werden kann. Wird also in einem von mehreren gleichzeitig laufenden Konkursen eine Dividende ausbezahlt, so bleibt dennoch die Anmeldung

in den anderen im ursprünglichen Betrag in Kraft. Dasselbe findet statt bei der wechselmässigen Haftung, gemäss Art. 810. Ob diese Bestimmungen auch bei nicht gleichzeitig ausbrechenden Konkursen Geltung haben, scheint zweifelhaft, würde sich aber jedenfalls aus dem Zwecke derselben rechtfertigen. Denn ohne diese Möglichkeit würde der Gläubiger, wenn seine Solidarschuldner nach einander in Konkurs geraten, niemals vollständig befriedigt werden können, weil er in jedem nachfolgenden Konkurse nur mit dem im vorhergehenden erlittenen Verlust partizipieren könnte, — selbst dann nicht, wenn die Summe der Dividenden, auf die ganze Forderung berechnet, diese vollständig decken würde. Dieses aus dem französischen Recht hergenommene Prinzip (Code comm. 542—544) hat sich auch das deutsche Konkursrecht (§ 61 der K. O.) angeeignet, und zwar in folgender Umschreibung. Wird über das Vermögen mehrerer oder einer von mehreren Personen, welche nebeneinander für dieselbe Leistung auf das Ganze haften, das Konkursverfahren eröffnet, so kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Verfahren den Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte. Damit wird gesagt, dass der Moment der Konkurseröffnung für die Höhe der Forderung, in der sie an der Ausschüttung der Masse partizipiert, ausschliesslich massgebend sein solle. Also einerseits fallen alle Veränderungen, welche die Forderung nach diesem Zeitpunkt infolge von Zahlung seitens eines Mitschuldners, freiwillige oder Konkursdividenden, erleidet, nicht in Betracht und vermögen die Höhe der Forderung, so wie sie angemeldet wurde, nicht mehr zu alterieren. Andererseits verringert jede vor jenem Zeitpunkt erfolgte Befriedigung die Forderung auch dem Gemeinschuldner gegenüber. Dies gilt nicht nur, wenn über Mehrere gleichzeitig das Konkursverfahren schwebt, sondern auch wenn nur Einer im Konkurse liegt.

Die letztere Ausdehnung wurde von der Reichstagskommission auf Anregung von Goldschmidt in das Gesetz aufgenommen. Sie lässt sich durch jene Erwägung, dass nur die gleichzeitige Partizipierung im vollen Betrage dem Gläu-

biger ganze Befriedigung zu schaffen vermöge, nicht mehr begründen. Vielmehr scheint ein anderes Motiv hiebei mitgewirkt zu haben, nämlich die Erwägung, der Gläubiger dürfe nicht deswegen im Konkurse schlechter gestellt werden, weil er von einem anderen Mitschuldner eine Teilzahlung erhalten, die anzunehmen er nicht verpflichtet war und damit diesem die Zahlung erleichtert hat, und wohl auch die Rücksicht auf die aufrechtstehenden Mitschuldner, welche durch eine möglichst hohe Quote aus dem Konkurse ihres insolventen Kollegen entlastet werden sollen. Diese ratio würde aber auch dann zutreffen, wenn die Teilzahlung vor der Konkurseröffnung geleistet worden ist, umsomehr als die Teilzahlung geleistet und angenommen wurde, vielleicht ohne dass dabei der Konkurs des anderen vorausgesehen wurde und in der sicheren Annahme, dieser werde seinen Anteil ganz tilgen können. Besonders störend wirkt das Abstellen auf den Konkurstag, wenn mehrere Mitschuldner nacheinander in Konkurs fallen. Wickeln sich die Konkursverfahren so ab, dass die nachfolgende Konkurseröffnung erst nach der Verteilung im vorhergehenden Konkurse erfolgt, so kann der Gläubiger immer nur den jeweiligen, ungedeckten Rest anmelden; er wird also nie volle Befriedigung erlangen, wenn über alle Schuldner der Konkurs eröffnet wird, oder es hängt von der zufälligen Aufeinanderfolge der Konkurseröffnungen und Verteilungen ab, wie viel er im ganzen erhält.

Diese Inkonsequenz besteht im französischen Recht insofern nicht, als dieses Teilzahlungen aus successive sich folgenden Konkursen unberücksichtigt lässt (Code de comm. 542). Das schweizerische Gesetz ist dann noch einen Schritt weiter gegangen, indem es jede vor Konkurs erfolgte Befriedigung des Gläubigers im Konkurse gleich behandelt. Bei der Fassung des Art. 217 ist man in den ersten Entwürfen vom Code de commerce (Fallimentsgesetz von 1838) Art. 542—544 ausgegangen. Sie lautete: „Hat jemand, welchem mehrere Personen für die gleiche Schuld verpflichtet sind, eine Teilzahlung erhalten, so kann er im Konkurse seines Schuldners nur für den Rest seiner Forderung als Gläubiger auftreten.

Dagegen wird ein Mitschuldner oder Bürge, welcher die Teilzahlung geleistet hat, für den Betrag derselben unter die Konkursgläubiger aufgenommen." Bis dahin bildet der Text die fast wörtliche Uebersetzung des Code. Er fährt dann fort: „Es hat jedoch der Gläubiger das Recht, Anweisung auf den dem Mitschuldner oder Bürgen zukommenden Anteil an der Verteilungsmasse bis zu vollständiger Deckung der Forderung für sich zu verlangen. Der Mitschuldner oder Bürge wird bei der Verteilung erst nach dem Gläubiger und nur insoweit berücksichtigt, als die von ihm geleistete Zahlung seinen Anteil an der Schuld übersteigt."

An Stelle dieser umständlichen ist dann die klarere Fassung des endgültigen Entwurfes erst in der zweiten Lesung gesetzt worden. Aber auch materiell wurde damit einiges geändert. Zunächst ist im ersten Entwurf durch den zweiten Absatz der Fall, wo nach einer Teilzahlung des Hauptschuldners der Bürge in Konkurs gerät, ausgeschlossen; nur Zahlungen des Mitschuldners oder Bürgen werden mitaufgenommen. Das Gesetz hat später dadurch, dass es nur gemeinhin von Mitverpflichteten spricht, diesen Fall in gleicher Weise geordnet. Ferner giebt es dem Mitverpflichteten ein selbständiges Eingaberecht. Endlich wird der Anspruch der regressberechtigten Mitverpflichteten dahin präzisiert, dass er von dem nach vollständiger Deckung des Gläubigers verbleibenden Ueberschuss nur die seiner Regressforderung entsprechende Dividende erhält.

Vergleicht man die Abstufungen in der Behandlung des Gläubigers einer Solidar- oder einer verbürgten Forderung, so ergiebt sich folgendes:

1. Bei gleichzeitigem Konkurs der Mitverpflichteten wird die Forderung in jeder Masse zum vollen Betrage abzüglich bereits geleisteter Zahlungen admittiert, aber die jeweiligen Dividendenzahlungen sowie anderweitige Befriedigung nach Konkursausbruch bei der nächsten Verteilung von der Forderung abgezogen. Dies wäre das Prinzip des Civilrechts.

2. Bei gleichzeitigem Konkurs wird die Forderung überall ganz, abzüglich vor Konkurs geleisteter Zahlungen, angemeldet,

und zwar ohne Berücksichtigung der in den einzelnen Massen erfolgenden Dividendenzahlungen: Prinzip des Art. 216 und der deutschen K. O., letztere mit der Modifikation, dass wenn auch nur einer der Mitverpflichteten im Konkurs ist, die nach der Konkurseröffnung erfolgenden Zahlungen anderer Mitverpflichteter die Anmeldung nicht alterieren.

3. Bei successive ausbrechenden Konkursen kann jeweils die ganze noch nicht getilgte Forderung angemeldet werden. Die Dividendenzahlungen haben auf die Höhe der anzumeldenden Forderungen keinen Einfluss. Prinzip des französischen Rechts, in Art. 217 inbegriffen.

4. Alle Teilzahlungen vor und nach Konkurs, ohne Rücksicht auf Gleichzeitigkeit der Konkurse, bleiben ohne Einfluss auf die konkursrechtliche Behandlung. Prinzip des Art. 217.

IV. Was hat der Gesetzgeber mit dieser weitgehenden Bevorzugung solidarischer und verbürgter Forderungen im Konkurse bezweckt? Kohler,[1]) welcher sich energisch zu dem Prinzip des schweizerischen Gesetzes bekennt, giebt das eine, schon vorhin erwähnte Motiv an, dass der Gläubiger, welcher, ohne dazu verpflichtet zu sein, eine Teilzahlung angenommen hat, um dem einen Schuldner die Zahlung zu erleichtern, im Konkurse des andern nicht dafür solle büssen müssen. Ist diese Billigkeitserwägung stichhaltig und stark genug, um einen so einschneidenden Eingriff in den Grundsatz der Gleichberechtigung aller Konkursgläubiger zu rechtfertigen?

Was zuerst die Wirkungen des Art. 217 betrifft, so ist hierüber folgendes zu sagen. Ueberall da, wo dem Mitverpflichteten für den ganzen bezahlten Betrag der Regress gegen den Gemeinschuldner zusteht, hat die Bestimmung nichts Auffallendes. Die Masse wird mit demselben Betrage belastet, welcher vor Konkurs gegen den Gemeinschuldner eingeklagt werden konnte. Dabei soll aber die Regressforderung erst liquidiert werden, nachdem der Gläubiger voll ausgewiesen ist. Bis dahin darf der Gläubiger auch die auf die Regressforderung entfallende Quote der Verteilung für sich beanspruchen. Er treibt also den Regressberechtigten zurück bis

[1]) Lehrbuch des Konkursrechts, S. 354.

zu seiner eigenen vollständigen Befriedigung. Es soll vermieden werden, dass der Regressberechtigte aus der Masse einen Betrag beziehe, für den er seinerseits wieder dem Gläubiger haftet. Dieser Grundsatz erklärt sich schon aus dem Wesen der Subrogation, wenigstens soweit der Regressberechtigte nach der Teilzahlung noch Schuldner bleibt, was im Konkursfalle ja als Regel angenommen werden darf. (Vgl. Vischer, der Rückgriff des Bürgen, Zeitschr. f. Schw. R. N. F. VII, S. 40 ff.) Das Vorrecht des Gläubigers greift aber kraft positiver Bestimmung auch dann Platz, wenn für den Rest der Hauptforderung dem Gläubiger kein Griff auf den noch aufrechtstehenden Mitverpflichteten mehr zusteht, z. B. wenn der Rest diesem persönlich erlassen, für ihn persönlich verjährt ist. Hier wird also der Gläubiger direkt auf Kosten des Bürgen oder Mitschuldners befriedigt.

Ganz anders gestaltet sich die Wirkung, sobald man annimmt, dass dem Teilzahler nur für eine Quote der Teilzahlung oder überhaupt nicht ein Rückgriff zusteht, sei es, dass er nur seinen Anteil bezahlt hat, sei es, dass die Gestaltung des Schuldverhältnisses nach innen einen Regress nicht zulässt, kraft besonderer Vereinbarung oder, nach Gesetz, für den Hauptschuldner gegenüber dem Bürgen. Dann steht es dem Gläubiger gleichwohl zu, die ursprüngliche Forderung einzugeben. Der Gemeinschuldner wird also mit mehr belastet, als vor dem Konkurs von ihm hätte verlangt werden können. Gegenüber den übrigen Konkursgläubigern ist dieser Gläubiger bevorzugt. Je grösser die Teilzahlung war, umso besser stellt sich der Gläubiger, da ihm die Dividende auch auf der Teilzahlung gewährt wird. Der Mitverpflichtete besitzt also ein erhebliches Interesse daran, nicht die ganze Forderung zu zahlen. Beide, Mitverpflichteter und Gläubiger, haben ein Interesse daran, die Teilzahlung im Konkurse nicht zu nennen, um einen möglichst grossen Betrag aus der Konkursmasse zu ziehen. In diesen Fällen profitiert also der Mitverpflichtete aus Art. 217, wenn er, ohne Regress zu haben, für die Restschuld noch haftet und nun durch die Zahlung der Konkursdividende umsomehr entlastet wird, je

höher die Dividende und je kleiner die Teilzahlung. Ist die ganze Forderung bezahlt, so trifft der Artikel nicht mehr zu, der Zahlende kann nur seine Regressforderung geltend machen.

Diese Wirkungen nun werden billig oder unbillig ausfallen, je nachdem das Schuldverhältnis nach innen d. h. unter den Mitverpflichteten gestaltet ist. Ist der Gemeinschuldner nach innen einziger Schuldner, d. h. hat er seinerseits keinen Regress gegen den Mitverpflichteten, nur dieser gegen ihn, so bringt dem Mitverpflichteten Art. 217 keine günstigere Stellung, als er nach Civilrecht hätte. Im Gegenteil, seine Regressdividende muss, wie wir gesehen haben, bis zur gänzlichen Befriedigung des Gläubigers herhalten. Im übrigen werden am rationellsten diejenigen Fälle durch Art. 217 geregelt, in denen der Gemeinschuldner nach innen teilweise Schuldner ist. Hier wird die Entlastung, welche der Artikel durch die stärkere Belastung der Masse dem Mitverpflichteten gewährt, dem inneren ökonomischen Verhältnisse entsprechen und die gemeinsame Last möglichst gleichmässig auf die Schuldner verteilen. Hat also z. B. einer von zwei Solidarschuldnern seine Hälfte an der Schuld bezahlt, so ist es billig, dass aus der Masse des anderen womöglich der diesen treffende Hälfteanteil herausgezogen werde, da dann das Verhältnis gleichmässig und ohne dass Regressansprüche entstehen, erledigt wird. Dagegen kann die Endwirkung sehr unbillig sein, wenn der Gemeinschuldner gegen den zahlenden Mitverpflichteten vollen Regress hat, z. B. als Bürge. Ist in diesem Falle der Hauptschuldner solvent, so wird zwar der Gläubiger gar keine Eingabe im Konkurse des Bürgen machen. Im andern Falle aber, wo der Hauptschuldner nicht oder nicht genügend solvent ist und die Bestimmungen des Art. 217 ihre Anwendung finden, wird die Masse des Bürgen ungebührlich stark belastet, und der ihr nach Art. 215 gegebene Regress erweist sich als illusorisch. Sie wird noch stärker belastet, als die Masse des Hauptschuldners, falls dieser vorher in Konkurs gefallen ist, denn die Teilzahlung, welche dieser früher geleistet hat, kann bei ihm nicht mehr eingegeben werden, während beim Bürgen die volle anfängliche Schuld angemeldet werden darf.

Fragen wir nun nochmals nach der ratio des weitgehenden Grundsatzes des Art. 217, so sind die Fälle mit und ohne Regress des Mitverpflichteten weit auseinander zu halten. Für die erstern soll einfach die Subrogationsforderung hinter die Hauptforderung zurückgestellt werden; die übrigen Konkursgläubiger können sich hierüber nicht beklagen, denn eine ungleiche Behandlung wird dadurch nicht eingeführt. Für die Fälle ohne Regress nun trifft die von Kohler angegegebene Erwägung offenbar nicht zu. Denn einmal kann die Forderung ratenweise fällig, der Gläubiger also zur Annahme einer Teilzahlung verpflichtet sein. Dann aber war es, ausser wo die Teilzahlung in Form einer Konkursdividende erscheint, des Gläubigers freier Wille, einen Teil einer ganzen fälligen Schuld anzunehmen, und wenn er es gethan hat, so wird der Grund in der Regel in der zweifelhaften Solvenz der Mitverpflichteten zu suchen sein; er wird also in vielen Fällen immer noch günstiger wegkommen, als wenn er mit der Dividende vorlieb nehmen müsste.

Es ist aber überhaupt unrichtig, dass der Gläubiger darunter zu büssen habe, dass er dem einen Schuldner durch eine Teilzahlung das Zahlen erleichterte. Ihm bleibt ja für den unbezahlten Betrag jederzeit der Griff auf den aufrechtstehenden Mitverpflichteten, und sollte sich dieser gleichfalls insolvent erweisen, so kann der Gläubiger schon nach dem Grundsatz des französischen Rechts (Stufe 3, oben) in seinem Konkurse die ganze, ursprüngliche Forderung anmelden. Dadurch wird er aber immer eine grössere Summe erhalten, als wenn er die Teilzahlung zurückgewiesen hätte und dafür mit der ganzen ursprünglichen Forderung in beiden Konkursen partizipieren würde.

Auch die Erwägung würde nicht zutreffen, dass der Gläubiger, der von einem aufrechtstehenden Mitverpflichteten eine Teilzahlung erhält, ohne die Vergünstigung des Art. 217 schlechter gestellt wäre als der Gläubiger, welcher im Konkurs eines Mitverpflichteten eine Teilzahlung erhält. Denn das unbillige Resultat, dass der Gläubiger niemals volle Befriedigung erlangen würde, wenn er nicht in

jedem der gleichzeitigen Konkurse mit dem ganzen Betrag seiner Forderung partizipieren dürfte, eine Gefahr, welche zur Einführung des Art. 216 veranlasst hat, besteht für den Fall der Teilzahlung seitens eines aufrecht stehenden Mitverpflichteten nicht. Und auch das von Kohler (l. c. S. 355 ff.) aus der Bestimmung des Art. 216 (entsprechend § 61 der deutschen Konkursordnung) richtig herausgefühlte prozessuale Prinzip, dass gegen mehrere sammtverbindlich haftende Personen die Exekution gleichzeitig in vollem Umfang der Schuld gehen kann, rechtfertigt die gleiche Behandlung freiwilliger Teilzahlungen nicht. Diese beiden Argumente könnten nur dazu führen, das — vom Zufall abhängende — Erfordernis der Gleichzeitigkeit der Konkurse aufzugeben.

Thatsächlich würde aber auch keineswegs eine Schlechterstellung im oben angedeuteten Sinne stattfinden. Denn der Gläubiger, welcher vom Schuldner A eine Teilzahlung von 50 (ausser Konkurs) an seine Forderung von 100 empfangen hat, wird zusammen mit den Dividenden aus dem späteren Konkurse aller drei Schuldner A, B und C, auf den Rest von 50 berechnet, immer mehr erhalten, als wenn er jene Teilzahlung nicht bekommen hätte und nun in jedem Konkurs mit 100 partizipieren würde. Beträgt die Teilzahlung des A 30, die Dividende im Konkurse A 10, B 30, C 40 Prozent, so erhält der Gläubiger (ohne Art. 217) 30 + 7 (10 % von 70) + 21 + 28, zusammen 86. Ohne Teilzahlung wird er nur für 10 (10 % von 100) + 30 + 40 = 80 befriedigt.

Viel eher könnte es die fatale Stellung des Mitverpflichteten gewesen sein, welche den Gesetzgeber zu einer so einseitigen Bevorzugung des Gläubigers verleitet hat. Hätte der Mitverpflichtete nicht bezahlt, so würde der Gläubiger die Dividende auf der ganzen Forderung erhalten, und der Mitverpflichtete hätte nur noch für den Rest aufzukommen. Der Mitverpflichtete müsste also dafür büssen, dass er eine Teilzahlung geleistet hat, wenn der Gläubiger nur die Restforderung eingeben dürfte. Man wollte ihn in billiger Rücksichtnahme entlasten, indem man annahm, dadurch eine gleichmässigere Verteilung der Schuld bewirken zu können.

Wie aber, wenn der Mitverpflichtete selbst nach innen der Schuldner ist, wenn er weniger als seinen Anteil an der Schuld geleistet hat? In allen diesen Fällen schlägt jener vermeinte Zweck fehl. Denn warum soll der Mitverpflichtete, auf dem die ganze Schuld lastet, auf Kosten der Konkursmasse des anderen und der übrigen Konkursgläubiger geschont werden? Wohl erhält die Masse ein Regressrecht für alles, was sie über ihren Anteil an der Schuld bezahlt hat, aber bei gleichzeitigem Konkurse Beider erst, wenn die Hauptforderung ganz getilgt ist, gegen solvente Mitverpflichtete allerdings sofort, aber dann hätte dasselbe Endresultat einfacher und ohne den Art. 217 erreicht werden können. Vor allem trifft also der Zweck einer Entlastung des zahlenden Mitverpflichteten nicht zu, wenn dieser Mitverpflichtete der Hauptschuldner einer verbürgten Forderung ist. Diesen Fall hatte denn auch der frühere Entwurf gar nicht in den Art. 217 hinein bezogen. Hier wird man sich an der Privilegierung der Bürgschaftsforderung am meisten stossen, und es ist in der That kein innerer Grund einzusehen, weshalb der Gläubiger, der seinen Kredit an zwei Kreditunwürdige erteilt hat, in der Masse des Bürgen mit dem vollen Forderungsbetrage aufrücken soll, nachdem ihn der Schuldner vorher teilweise befriedigt hat.

Soviel darf deshalb wohl gesagt werden, dass der Art. 217 in seiner generalisierenden Fassung über das Ziel hinaus schiesst, auch wenn man, was hier nicht weiter zu erörtern ist, die Richtigkeit des Satzes annimmt, dass die Entlastung des einen Mitverpflichteten durch eine über das Civilrecht hinausgehende, stärkere Heranziehung der Konkursmasse des andern zu geschehen habe.

Es ist denn auch wohl kein Zufall, dass der Art. 217 nirgends von einem Regress der Masse gegen die übrigen Solidarschuldner spricht. Dass der Masse ein solcher erwächst, falls sie mehr als ihren Anteil an der gemeinsamen Schuld entrichtet hat, versteht sich nach Civilrecht von selbst und bedürfte keiner Erwähnung. Und doch ist das ebenso selbstverständliche Rückgriffsrecht des Bürgen in Art. 215

ausdrücklich bestätigt worden. Auch die Erteilung eines selbständigen Eingaberechts des Mitverpflichteten spricht dafür, dass es hauptsächlich sein Interesse war, das man schützen wollte.

V. Nun ergeben sich aber für die Praxis noch eine Reihe weiterer Fragen über die Tragweite des Art. 217. Zunächst aus dem eben erwähnten, im 2. Absatz dem Mitverpflichteten erteilten, selbständigen Eingaberecht. Steht dieses Recht auch dem Mitverpflichteten zu, welcher nichts bezahlt hat? Nach der äusseren Konstruktion des Artikels nicht. Denn sowohl Abs. 1 wie Abs. 3 setzen ausdrücklich eine Teilzahlung voraus. Innere Gründe für eine solche Beschränkung lassen sich indessen nicht auffinden. Es ist nicht einzusehen, warum man die minimste Teilzahlung mit dem Eingaberecht belohnen, ohne diese dasselbe verweigern sollte. Dasselbe Interesse, das der Zahlende an der Eingabe hat, trifft auch beim Nichtzahlenden zu. Auch darf das Eingaberecht nicht vom Willen des Gläubigers, der ja eine Teilzahlung bei Fälligkeit der ganzen Schuld zurückweisen kann, abhängig gemacht werden.

Durch dieses Recht kann nun die Teilnahme des Gläubigers am Konkurse auch ohne dessen Willen herbeigeführt werden. Der Bürge, welcher schon nach O. R. vom Gläubiger diese Teilnahme verlangen konnte, braucht nun nicht mehr den unter Umständen recht schwierigen Beweis des Schadens nach Art. 510[3] zu führen; er vermag sich jetzt selbst zu helfen. Für den Solidarschuldner bringt das Eingaberecht neue Vorteile, da ihm bisher der Gläubiger für die Unterlassung der Eingabe nur dann verantwortlich war, wenn dadurch nicht nur eine faktische, sondern eine rechtliche Veränderung der Stellung der übrigen Schuldner (Verlust der Regresse) verursacht wurde (Art. 168[4] O. R.).

Dieses Eingaberecht ist ein stellvertretendes. Und zwar will Art. 217, wie schon die entsprechende Bestimmung im früheren Entwurf, dass die stellvertretende Funktion von Amtes wegen berücksichtigt werde; er erteilt, im Gegensatz zu allen anderen Aeusserungen über die Wirkung des Konkurses auf die Rechte der Gläubiger, eine förmliche Weisung

an den Konkursverwalter, wie er zu verfahren habe, wenn nur die Restforderung angemeldet worden ist. Der ursprüngliche Betrag der Forderung wird in den Kollokationsplan eingesetzt, sobald entweder vom Gläubiger die Restforderung oder vom Mitverpflichteten diese oder die Regressforderung eingegeben worden ist. Es soll also von Amtes wegen verhütet werden, dass der Gläubiger den vom Konkurs nicht benachrichtigten Mitverpflichteten dadurch zu Schaden bringt, dass er nur seine Restforderung geltend macht, und ebenso, dass der Mitverpflichtete auf seine Regressforderung vor dem Gläubiger etwas aus der Masse erhalte. Dabei wird sich der Gemeinschuldner sowohl über den Bestand der Hauptforderung wie über den eines allfälligen Regressanspruches zu äussern haben, und es wird dann im Kollokationsplan einmal die ganze Hauptforderung und dann eventuell, d. h. falls die Dividende einen Ueberschuss über diese gewährt, auch die Regressforderung kolloziert werden.

Versäumt der Gläubiger die Eingabe, so wird er einem Solidarschuldner nur unter der angedeuteten Voraussetzung schadenersatzpflichtig, da er im übrigen die Wahl hat, auf welchen seiner Schuldner er greifen will, — anders dem Bürgen gegenüber. Denn das Eingaberecht des Bürgen entbindet den Gläubiger, welcher allein vom Konkurs benachrichtigt wird und im Besitze der Beweismittel ist, weder von der Pflicht, den Bürgen vom Konkurse in Kenntnis zu setzen, noch von der Anmeldepflicht. Die Schadenersatzpflicht des Art. 510 O. R. bleibt vielmehr bestehen. Nur soweit dem Bürgen bereits ein Regressrecht erwachsen ist, wird der Gläubiger der Anmeldung enthoben, nicht aber der Benachrichtigung, da diese gerade den Bürgen in den Stand setzen soll, alle seine Interessen im Konkurse zu wahren.

Soll das Eingaberecht des Mitverpflichteten ein wirksames sein, so muss er auch die Admittierung der Eingabe im Konkurse mit allen gesetzlichen Mitteln erzwingen können. Vor allem wird er also, wenn sein Recht nicht Illusion bleiben soll, vom Gläubiger verlangen können, dass dieser die Beweismittel der Konkursverwaltung zur Verfügung stelle.

Ihm wird auch die Abweisung der Forderung anzuzeigen sein, und er wird als zur Anhebung des Kollokationsstreites legitimiert gelten müssen. Die Kosten eines verlorenen Prozesses werden an ihm hängen bleiben, wenn sich nicht aus den Grundsätzen der negotiorum gestio etwas anderes im konkreten Fall ergeben sollte.

VI. Besondere Konsequenzen werden sich ferner ergeben, wenn entweder die Hauptforderung oder die Regressforderung pfandgesichert ist. Hat der Gemeinschuldner für seine Schuld ein Pfand bestellt, so wird man in Anwendung des Art. 217 das Pfand verwerten, den Erlös dem Gläubiger zuweisen und in die V. Klasse einen allfälligen Verlust, nicht im thatsächlichen Restbetrag, sondern in der Höhe der ursprünglichen Forderung, abzüglich des Pfanderlöses, aufnehmen. Der regressberechtigte Mitverpflichtete wird in den Erlös des Pfandes, welcher zum „Anteil" der Forderung im Konkurse gehört, nicht neben, sondern nach dem Gläubiger subrogiert.

Ist die Regressforderung vom Gemeinschuldner durch Pfand gesichert worden, so lässt sich fragen, ob nicht der Regress einfacher gleichzeitig mit der Hauptforderung dadurch zu liquidieren sei, dass man den Pfanderlös direkt dem Gläubiger zuweist, selbst für den Betrag, für welchen der Mitverpflichtete den Gläubiger noch nicht befriedigt hat. Damit wäre der Umweg vermieden, auf dem der Gläubiger zuerst den Mitverpflichteten und dieser den Gemeinschuldner fassen müsste. Dies erscheint jedoch nicht als zulässig. Ob in der Person des Mitverpflichteten eine Regressforderung entstehen wird, hängt von den Beziehungen sowohl zwischen ihm und dem Gläubiger, als zwischen ihm und dem Gemeinschuldner ab, welche sich oft erst nach der Feststellung der Forderungen im Kollokationsplan definitiv gestalten werden. Ausser den jeweiligen, aus besonderen persönlichen Verhältnissen herrührenden Einwendungen wegen Verrechnung, Verjährung etc. stehen dem Mitverpflichteten auch alle Einreden aus dem Solidar- oder Bürgschaftsverhältnis selbst zu, aus O. R. Art. 168[4], aus Art. 508 oder 510, wegen Verminderung

der Sicherheiten oder Entäusserung der Beweismittel oder wegen Unterlassung der Anzeige oder Anmeldung. In allen diesen Fällen würde der Gläubiger auf Kosten der übrigen eine Sicherheit erlangen, auf die er keinen Anspruch hat. Oder aber es kann der Regress in Wegfall kommen, vor allem dadurch, dass der Mitverpflichtete überhaupt gar nicht zahlen kann, oder dass er Einreden des Hauptschuldners unterlassen hat. Auch hier würde der Gläubiger auf Kosten der Masse in ungerechtfertigter Weise lukrieren. Vielmehr werden solche Pfänder separat zu liquidieren und, soweit ein Regressanspruch besteht, dem Mitverpflichteten deren Erlös auszuweisen sein, in welchem Falle nun freilich der Mitverpflichtete neben dem Gläubiger befriedigt wird. Ein Ueberschuss wird bis zur Höhe eines allfälligen späteren Regresses zu deponieren sein, bis die Bedingung erfüllt, d. h. der Gläubiger durch den Mitverpflichteten befriedigt sein wird.

In diesem Falle ist es also denkbar, dass das Schuldverhältnis in dreierlei Gestalt im Kollokationsplan figuriert. Erstens wird die volle Forderung des Gläubigers aufgenommen, zweitens für den Fall, dass die auf jene entfallende Dividende (inkl. Pfanderlös) einen Ueberschuss ergiebt, die schon bestehende Regressforderung, drittens, aber nur für den Fall, dass ein Pfandrecht hiefür bestellt wurde, die allfällig später entstehende Regressforderung des Mitverpflichteten. Im Effekt wird aber nur die ganze Forderung einmal berücksichtigt. War der Regress nicht pfandgesichert, so kann er nicht etwa für den noch unbezahlten Teil der Hauptforderung als bedingte Forderung im Sinne von Art. 210 kolloziert werden, denn er ist in der Eingabe des Gläubigers inbegriffen; der Regressberechtigte übt nur die Rechte des Gläubigers aus; dieselbe Forderung darf nur einmal im Konkurse auftreten; nur soweit ein selbständig in der Person des Regressberechtigten begründetes Recht auf abgesonderte Befriedigung besteht, ist sie bedingt zuzulassen.

VII. Schliesslich noch eine Frage, welche vom Kommentar von Brüstlein und Weber aufgeworfen und kurzer

Hand bejaht worden ist, nämlich: Findet der Art. 217 im Pfändungsverfahren Anwendung? Ein durchschlagendes Motiv für eine bejahende Antwort wäre doch wohl schwer zu finden. Einmal sind nach der ganzen Anlage des Gesetzes das Pfändungs- und das Konkursverfahren gesondert, jedes für sich abgeschlossen, behandelt. Nur eine einzige Bestimmung des Konkurs**rechtes**, der Art. 219 über die Rangklassen, ist auf die Pfändung anwendbar erklärt worden. Dann aber, in welcher Weise soll die Anwendung gedacht werden? Dem Betreibungsbeamten steht keine Kognition über geleistete Teilzahlungen zu, er hat nur die einzelnen unbestrittenen Betreibungen vor sich und darf nicht von Amtes wegen besondere Schuldverhältnisse in der Verteilung der Erlöse berücksichtigen. Aber auch rein materiell kann von einer Anwendung der Grundsätze des Art. 217 ausserhalb des Konkursverfahrens keine Rede sein; denn wie alle übrigen Bestimmungen über die Wirkungen des Konkurses auf die Rechte der Gläubiger hat er seinem ganzen Zwecke nach eben die allgemeine Liquidation, den Konkurs zur Voraussetzung. Nur die Generalexekution des Konkurses, bei welcher eine allgemeine Abrechnung über Aktiven und Passiven stattfindet, kann eine eigenartige Behandlung besonders gearteter Rechtsverhältnisse erfordern, nicht die Pfändung, bei welcher eine Insuffizienz des Vermögens oft gar nicht vorhanden sein wird, und wo der Zeitpunkt der Exekution und die Zusammengehörigkeit einzelner Gläubiger zu Gruppen zufällig ist und auch alle anderen Rechtsverhältnisse durchgängig vom Civilrecht beherrscht werden.

Schweizerische Rechtspflege.

---

1. Kanton Aargau. Urteil des Obergerichts vom 9. Februar 1894.

Rückforderung einer irrtümlich bezahlten Steuer. Administrativ- oder Justizsache?

In einer beim Bezirksgericht A. anhängig gemachten Klage stellt der Kläger folgendes Rechtsbegehren: Der Staat Aargau sei verpflichtet, dem Kläger Fr. 461.25 nebst Zins seit Anhebung der Klage zu bezahlen. Dieser Klagschluss wird auf Art. 70 des O.-R. event. auf § 843 des A. B. G. und auf die Behauptung gegründet, dass der verstorbene J. K. von 1886 bis 1890 dem Staate von einem Kapitalvermögen von Fr. 110,000 und im Jahre 1891 von einem solchen von Fr. 68,000 Steuern bezahlt, während er nach Massgabe der aarg. Gesetzgebung hiezu nicht verpflichtet gewesen wäre.

Der Beklagte erhob dieser Klage gegenüber die Einrede der Nichtzuständigkeit des Civilgerichts mit dem Begehren, dass er von der Einlassung auf die Klage entbunden werde. Er macht wesentlich geltend: Die Rückforderung von Steuern nach ihrem Bezuge und nach Abschluss des Steuerjahres sei unvereinbar mit dem ganzen Steuersystem; ihre Zulassung würde statt Ordnung im Steuerwesen Unsicherheit und Unordnung ohne Ende schaffen. Darum könne die Staatsverwaltung die Lösung derartiger Fragen nicht dem Schicksal eines gewöhnlichen Civilprozesses überlassen, sie müsse sich dieselbe selbst vorbehalten. Der klägerische Anspruch sei öffentlich-rechtlicher und nicht privatrechtlicher Natur und daher dem Civilrichter und dem Civilprozessverfahren von vornherein entzogen. Der Staat lege die Steuern nicht als Privatgläubiger, sondern kraft seines Hoheitsrechtes auf und es leiste der Bürger die Steuer in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeit. Ebenso wie vor geschehener Erfüllung der Anspruch des Staates auf Steuerzahlung ein öffentlich-rechtlicher gewesen, ebenso sei es der Anspruch auf Rückerstattung der gemachten Leistung. Die Frage dürfte nur die sein, ob der eingeklagte Anspruch vor den Administrativrichter gebracht werden könne. Der Beklagte verneine diese Frage,

weil § 2 des Gesetzes über das Verfahren bei Verwaltungsstreitigkeiten vom 25. Juni 1841 nur vom Steuerbezug, nicht auch von Reklamationen nach dem Bezuge rede und das Staatssteuergesetz überhaupt eine Rückforderung nicht kenne und unbestrittene Einschätzungen für ein Jahr, nicht angefochten werden können.

Der Kläger bestritt die Einrede, weil für die Kompetenzfrage das Klagfundament massgebend sei, die Klage sich aber als condictio indebiti darstelle und ein anderer Weg die grundlose Bereicherung zurückzufordern nicht existiere; denn kein Gesetz bestimme für Rückforderungsklagen aus Besteuerung ein anderes als das gewöhnliche Forum.

Die Mehrheit des Bezirksgerichts pflichtete dieser Auffassung des Klägers bei und verwarf die Einrede. Allein die hierseitige Instanz gelangt zu einer gegenteiligen Beantwortung der Frage.

Die vorliegende Klage fällt allerdings unter den Begriff einer condictio indebiti, der Rückforderung einer bezahlten Nichtschuld; aber damit ist die Kompetenz des Civilrichters noch keineswegs festgestellt. Denn diese setzt voraus, dass eine in jenes Gewand gekleidete Streitsache eine Civilprozesssache sei. Nach allgemein anerkanntem Grundsatze des Prozessrechts sind aber Civilprozesssachen nur solche Streitverhältnisse, „bei welchen es sich um rechtliche Ansprüche bezw. Verbindlichkeiten privatrechtlicher Natur handelt, und diese privatrechtliche Natur muss sich aus den, zu dessen Begründung angeführten Thatsachen ergeben, während die blosse Behauptung jener privatrechtlichen Eigenschaft das Streitverhältnis nicht zu einer Civilprozesssache stempelt."

Aus diesem Grundsatze des Prozessrechts resp. des Verfahrens in bürgerlichen Streitsachen ergiebt sich dann aber weiter, dass auch der, zum Entscheide der Kompetenzfrage berufene Richter censiert ist, die rechtliche Natur der Klage zu prüfen und sie zurückzuweisen, falls sie, weil nicht privatrechtlichen Charakters, einem, ihm entzogenen Gebiete angehört. Geschieht dies, so kann über das Schicksal der erhobenen Einrede kein Zweifel walten.

Der Staat hat, insofern er als Fiskus sich am Privatverkehr beteiligt und auf das Gebiet des bürgerlichen Rechts sich begiebt, als juristische Person allerdings vor dem Civilrichter Recht zu nehmen wie ein anderes Rechtssubjekt. Allein der Klaganspruch leitet sich nicht aus einem solchen civilen Verhältnisse des Staates ab, sondern aus einem öffentlichen Steuerverhältnisse, und die Frage, ob der Klaganspruch ein

begründeter sei, wird ohne anders auf dem Boden der Steuergesetzgebung, nicht auf demjenigen des bürgerlichen Gesetzes zu lösen sein.

(Bericht des aarg. Obergerichts für 1893 und 1894 an den Gr. Rat, S. 69 ff.)

2. Kanton Zürich. Urteil der Rekurskammer des Obergerichts vom 11. April 1896.

Administratives oder richterliches Verfügungsrecht über Zuweisung der Kinder bei geschiedener Ehe.

Die Eheleute S.-W. waren durch Urteil gänzlich geschieden, und dabei war ein aus der Ehe hervorgegangenes zweijähriges Mädchen bis zum Antritt des schulpflichtigen Alters der Mutter zur Erziehung und Pflege überlassen worden. Bei einem Besuche bei dem Vater hielt dieser das Kind zurück und verweigerte fortan dessen Herausgabe, weil die Mutter geistesschwach sei, das Kind unrichtig behandle, dieses Abneigung und Furcht gegen sie habe und stark stottere. Das Waisenamt entschied, dass das Kind einstweilen bei dem Vater zu verbleiben habe. Ein hiegegen unter Berufung auf das gerichtliche Urteil ergriffener Rekurs wurde als unbegründet abgewiesen.

Motive: Es ist zu untersuchen, ob die Gerichtsbehörden zur Sache kompetent seien. Dabei fällt in Betracht, dass der Ehescheidungsprozess, in welchem über die Zuteilung des Kindes an einen der streitenden Elternteile gerichtlich entschieden wurde, bereits letztinstanzliche Erledigung gefunden hat, und dass gegenwärtig in Frage kommt, ob bei veränderten thatsächlichen Verhältnissen eine anderweitige Versorgung des Kindes angeordnet werden müsse.

Im privatrechtl. G.-B. selbst ist durch § 640 die Zuständigkeit der Gerichtsbehörde für die Zeit nach Beendigung des Scheidungsprozesses nur ausdrücklich gewahrt hinsichtlich der Frage, ob, wie oft und wo demjenigen Elternteil, dessen Sorge die Kinder nicht überlassen wurden, gestattet sei, dieselben zu sehen oder zu sprechen. Eine ähnliche Befugnis für die Zeit nach der Scheidung ist dagegen in § 639 das. dem Gerichte nicht eingeräumt bezüglich der dauernden Unterbringung der Kinder.

Bei Anwendung der allgemeinen Grundsätze über Bedeutung und Rechtskraft gerichtlicher Urteile müssten wohl schon formelle Bedenken dagegen erhoben werden, dass ein Richter in anderer Weise als auf dem Wege der Revision

zur Abänderung eines früheren Entscheides gelangen könne, und müsste den Parteien das Recht abgesprochen werden, die nämliche, bereits abgeurteilte Sache ohne die genau umgrenzten gesetzlichen Requisite nochmals zum gerichtlichen Entscheide zu bringen.

Bei der vorwürfigen Frage aber stehen einem solchen Verfahren um so ernstere Bedenken entgegen, als in dem nämlichen Gesetze, welches eine Verfügungsgewalt des Richters nur bei Entscheidung des Scheidungsprozesses statuiert, anderen Staatsorganen, nämlich den Vormundschaftsbehörden ausdrücklich das Recht gewahrt ist, von sich oder auf angebrachte Beschwerde hin, wenn die Rechte und Interessen der Kinder in erheblichem Masse gefährdet oder verletzt werden, einzuschreiten und ihrerseits das Nötige zu verfügen (§ 663 das.).

Dieses Recht ist ein ganz allgemeines zum Schutze der Kinder, sowohl während der Ehe der Eltern als auch nach Scheidung der letzteren oder nach dem Tode eines derselben, und es verdient von den Gerichtsbehörden auch darum respektiert zu werden, weil die administrativen Organe gerade auf dem in der angeführten Gesetzesstelle bezeichneten Wege der eigenen Sachinformation weit eher als die Gerichte Gelegenheit haben, die richtige Grundlage für ihre Entscheidung zu gewinnen.

Die in einem Urteil des Obergerichts vom 27. Mai 1854 (Zeitschr. f. zürch. Rechtspflege I S. 174 ff.) ausgesprochene Ansicht, nach dem Sinn und Geist des § 225 (jetzt § 640) könnten die Gerichte von der Befugnis freier Entscheidung über die Unterbringung der Kinder bei dem einen oder anderen Elternteil auch nach Ausfällung des Scheidungsurteils Gebrauch machen und nach vorausgegangener Prüfung der Verhältnisse auch später noch abändernde Bestimmungen treffen, ist schon in einem Urteil vom 15. Sept. 1857 unter Hinweis auf die Kollision mit den Rechten der Vormundschaftsbehörden wesentlich eingeschränkt worden (dieselbe Zeitschr. V S. 46 ad 6). Sie erscheint aber geradezu unhaltbar in einem Falle, wo wie hier bereits der Entscheid eines Waisenamtes vorliegt, der auf dem Wege des Administrativprozesses von dem Elternteil, der sich benachteiligt fühlte, bis an die höchste Regierungsinstanz gezogen werden kann. Diese Staatsorgane dürfen nicht durch nachträgliche Einmischung der Justizpflege bei Seite geschoben werden; vielmehr ist jedenfalls da, wo sie zeitlich zuerst eingeschritten sind, ihnen auch die endgültige Verfügung zu überlassen.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XV S. 153 f.)

3. Kanton Luzern. Urteil des Obergerichts vom 15. März 1895.

Administrativ- oder Justizsache? Aktivlegitimation des Regierungsrats.

Der Regierungsrat namens des Staates Luzern stellte bei dem Bezirksgerichte Altishofen gegen Geschwister Kronenberg, Mühlebesitzer in Dagmersellen, eine Civilklage mit Rechtsbegehren:

Inhalt und Umfang des beklagtischen Wasserrechts in dem Hürnbach sei gerichtlich festzustellen und dabei zu bestimmen:

a) Die Beklagten seien nicht berechtigt, eine höhere Stauung des Wassers im Hürnbach zu bewirken als 60 cm vom Grundholz aus.

b) In Fällen, wo infolge von Regengüssen oder ausserordentlicher Wasserhöhe den anliegenden Grundstücken Gefahr droht, seien die Interessierten berechtigt, die Mühlewuhr zu ziehen.

c) Den Beklagten liege die Oeffnungspflicht des Hürnbaches ob, so weit die Stauung reicht.

Die Beklagten bestritten dem Staat die Aktivlegitimation, weil es sich um eine actio negatoria bezüglich Wasserrechte handle und eine solche nur denen zustehen könne, die an dem bezüglichen Wasserlauf und den Niveauverhältnissen ein privatrechtliches Interesse haben, was einzig bei der Hürnbachgenossenschaft der Fall sei, während der Regierungsrat (Staat) dabei lediglich öffentlichrechtliche Interessen zu wahren und hiefür nicht den Richter anzurufen, sondern selbst zu entscheiden habe.

Der Regierungsrat berief sich für seine Berechtigung zur Klage auf die Verordnung vom 24. Febr. 1890 über Fixierung und Beaufsichtigung bestehender Wasserrechte, vom Gr. Rat genehmigt den 28. Mai gl. J., und auf sein grosses Interesse daran, dass Wasserrechte, gestützt auf privatrechtliche Ansprüche, nicht zu weit ausgedehnt werden.

Das Obergericht liess die Klage zu.

Motive: Es ist ja wohl als selbstverständlich zu bezeichnen, dass vor den Civilrichter Streitsachen über öffentliches Recht nicht gehören, die Funktionen desselben im Civilprozesse naturgemäss nur auf civilrechtliche Streitigkeiten sich erstrecken können. Im vorliegenden Falle will aber der richterlichen Kognition nicht ein öffentliches Recht, sondern ein Privatrecht unterstellt werden. Es ist wohl anzuerkennen, dass der Hürnbachgenossenschaft das Recht zu klägerischem Auftreten gegen die heutigen Beklagten zustände; hier tritt nun aber

die Oberaufsichtsbehörde in Sachen der Wasserrechte mit einer Klage auf, welche die richterliche Feststellung des Masses des beklagtischen Wasserrechts bezweckt. Wenn es nun aber auch die oberste Administrativbehörde des Kantons Luzern ist, die diese richterliche Feststellung verlangt, so muss doch dem Regierungsrate in analoger Anwendung des § 38 des Wasserrechtsgesetzes die Befugnis dazu zugestanden werden, welcher § 38 in Abs. 2 bestimmt: „Der Regierungsrat kann auch von Amtswegen einschreiten, wenn allgemeine Interessen, namentlich gesundheitspolizeiliche Rücksichten, Verhütung von Ueberschwemmungen oder Versumpfungen, Offenhaltung des Verkehrs, dies erheischen.“ Es ist nun richtig, dass dieses Recht zum Einschreiten von Amtswegen sich in erster Linie auf Sachen bezieht, die auf administrativem Wege zum Austrage zu bringen sind. Allein der cit. § 38 besagt dann in Abs. 3, dass wenn die in den vorhergehenden Absätzen erwähnte Verpflichtung auf Grund civilrechtlicher Verhältnisse bestritten wird, darüber der Richter zu entscheiden habe. Es kann daher einem berechtigten Zweifel nicht unterliegen, dass eben in analoger Anwendung dieser Bestimmungen in Abs. 1 und 2 des § 38 der Regierungsrat berechtigt ist, jenes Einschreiten von Amtswegen auch dahin auszudehnen, dass er die Würdigung der seinen Verfügungen entgegengehaltenen privatrechtlichen Einsprüche dem Richter von sich aus anheimstellt. Es darf dies auch als der Tendenz der Verordnung vom 24. Febr. 1890 entsprechend bezeichnet werden.

(Verhandl. des Oberger. und der Justizkomm. v. J. 1895, S. 55 ff.)

---

4. Canton de Genève. Jugement du Tribunal de 1re instance (Chambre commerciale) du 9 mai 1895.

Compétence des tribunaux genevois pour statuer sur l'accomplissement d'une convention exécutoire à Genève.

Vu la demande dirigée par Chuit, domicilié à Genève, contre la Quinton Cycle Company Limited, domiciliée à Coventry (Angleterre);

Attendu qu'il n'existe pas entre la Suisse et l'Angleterre de traité réglant la compétence judiciaire;

Attendu que l'obligation a été contractée par le demandeur, à Genève, et par la défenderesse à son domicile en Angleterre; qu'en ce qui concerne le demandeur l'obligation devait être exécutée à Genève;

Attendu que, bien qu'aux termes de l'art. 66 § 3 de la loi sur l'organisation judiciaire,[1]) il semble que le tribunal devrait se déclarer incompétent puisqu'en fait l'obligation contractée par la défenderesse ne l'a pas été à Genève, il y a lieu, en raison du fait que cette obligation devait être exécutée à Genève, d'appliquer à l'espèce la disposition finale du même art. 66, laquelle prévoit que, dans tous les autres cas, on suivra quant aux étrangers non domiciliés ou non résidants dans le canton, les mêmes règles de compétence qui sont observées dans leurs pays respectifs à l'égard du Genevois;

Attendu qu'il n'est pas démontré que si, en raison de la même obligation qui lie les parties, la défenderesse eût actionné le demandeur devant les tribunaux anglais, ceux-ci se fussent déclarés incompétents; que, par conséquent, rien n'indique qu'en ce qui concerne la compétence le demandeur serait devant les tribunaux anglais au bénéfice du principe de réciprocité établi par l'art. 66 susvisé;

Qu'en ces circonstances, il y a lieu pour le tribunal de se déclarer compétent, puisque le demandeur poursuit l'accomplissement d'un contrat qui a été exécuté à Genève.

(La Semaine judiciaire XVIII [1896] p. 142 s.)

---

5. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 7. Juli 1896.

Statutenkollision betreffs Erbenqualität und Gültigkeit einer Schenkung.

Die S. Stöhr aus Hohenzollern-Sigmaringen, uneheliche Tochter der L. Stöhr, trat durch Urkunde vom 11. Mai 1893, die sie an ihrem damaligen Aufenthaltsorte Benkingen im Grossherzogtum Baden errichtete, an Schnorf in Zürich schenkungsweise zwei Sparkassenhefte zu Eigentum ab. Im teilweisen Widerspruch hiemit bevollmächtigte sie später einen Verwandten, bei Schnorf 1000 M. zu erheben und unter ihre Erben zu verteilen. Nach ihrem Tode verlangten Kinder ihrer ausserehelichen Mutter von Schnorf den Betrag der Sparkassenhefte, weil sie nach Hohenzollern-Sigmaringischem Rechte Intestaterben der S. Stöhr seien und jene Urkunde keine Schenkung, sondern nur Vollmacht zur Ver-

[1]) Art. 66: Sont justiciables des tribunaux du canton:

3. Les étrangers, même non résidants dans le canton, à raison des obligations qu'ils y auraient contractées envers des personnes domiciliées dans le canton.

mögensverwaltung enthalte, eventuell die Schenkung ungültig sei, da sie den Formvorschriften des badischen Gesetzes, unter dessen Herrschaft sie errichtet worden, nicht entspreche und widerrufen worden sei und den Pflichtteil der Kläger verletze. Das Bezirksgericht Zürich I wies die Klage ab. Es erkannte zwar die Kläger als Erben an, da die Stöhr, obschon auf badischem Gebiete verstorben, nach ihrem heimatlichen Recht beerbt werde, das die Kläger als Erben anerkenne; dagegen sei die Anfechtung der Schenkung mit Rücksicht auf die Form unbegründet, da hier § 5 des Zürcher priv. Ges.-B. gelte, der Widerruf sei nach badischem und zürcherischem Rechte unzulässig und nach dem in Hohenzollern-Sigmaringen geltenden preussischen Landrechte nicht zu beachten, weil dem Beschenkten nicht rechtzeitig notifiziert, und ein Anfechtungsrecht wegen Pflichtteilsverletzung sei mangels eines gesetzlichen Pflichtteils der Kläger unstatthaft.

Die Appellationskammer bestätigte den Entscheid, aber aus andern Gründen:

Das in Hohenzollern-Sigmaringen bezüglich der Anerkennung der Kläger als Erben geltende Recht ist nicht anwendbar. Allerdings steht auf Grund des Gutachtens des badischen Oberlandesgerichtes Karlsruhe fest, dass die badischen Gerichte, wenn sie ihrerseits über die Erbberechtigung der Kläger zu entscheiden hätten, unter Berufung auf eine Bestimmung des VI. badischen Konstitutionsediktes vom 4. Juni 1808 nicht das badische Recht, sondern das des Fürstentums Hohenzollern, dessen Staatsangehörige die Stöhr bei ihrem Tode war, zur Anwendung bringen würden. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass der zürcherische Richter die Frage der Rechtsanwendung in gleichem Sinne zu beantworten habe. Für die Ermittlung des einem Entscheide zu Grunde zu legenden Rechtes sind unter keinen Umständen fremde Vorschriften bestimmend, das badische Konstitutionsedikt von 1808 ist also für den zürcherischen Richter nicht bindend, derselbe hat vielmehr an Hand der hierorts geltenden Normen, oder in Ermangelung von solchen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu untersuchen, ob die Rechtsnachfolge in das Vermögen der Stöhr nach badischem oder hohenzollerischem Rechte zu bestimmen sei. Nun fehlt es an einer gesetzlichen Vorschrift, die auf den vorliegenden Fall zuträfe; das Bundesgesetz über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen findet keine Anwendung, da die Stöhr weder Schweizerin noch bei ihrem Tode in der Schweiz domiziliert gewesen war. Die Frage der Rechtsanwendung ist also nach den von Doktrin

und Praxis aufgestellten Prinzipien zu entscheiden und dabei darf unbedenklich der auch vom cit. Bundesgesetze acceptierten Auffassung beigetreten werden, dass für die Erbfolge nicht das heimatliche Recht des Erblassers, sondern das Recht dessen letzten Wohnsitzes massgebend ist. Eine Ausnahme wäre allenfalls da zuzulassen, wo der Heimatstaat ausdrücklich vorschreibt, dass die Beerbung seiner Angehörigen, gleichviel ob sie beim Tode im In- oder Auslande domiziliert gewesen seien, nach dem heimatlichen Rechte beurteilt werden solle. Allein hier trifft das nicht zu, da Hohenzollern in der Frage der Beerbung durchaus auf dem Boden des Territorialprinzips steht, der hohenzollerische Richter also, wenn er die Erbberechtigung der Kläger zu prüfen hätte, selbst das badische Recht anwenden würde.

Nach badischem Rechte ist aber eine erbrechtliche Verbindung zwischen den unehelichen Kindern und den Verwandten ihrer Mutter unbestrittenermassen nicht anerkannt. Es könnte höchstens noch argumentiert werden, dass im vorliegenden Falle als badisches Recht nicht das badische Landrecht, sondern das hohenzollerische Recht anzusehen sei, das zufolge der Verweisung des Konstitutionsedikts vom 4. Juni 1808 hinsichtlich der Beerbung des in Baden domiziliert gewesenen hohenzollerischen Staatsangehörigen einen Bestandteil des badischen Rechtes bildet. Derartige Konstruktionen mit Bezug auf Vorschriften über die Statutenkollision sind versucht worden (vgl. z. B. bundesger. Entsch. XXI Nr. 18). Es liegt aber auf der Hand, dass sie unrichtig sind. Wenn der Gesetzgeber, sei es in einem Spezialgesetze, sei es in einer Vorschrift desjenigen Gesetzes, welches das materielle Recht selbst enthält, den Richter anweist, in einem gegebenen Falle fremdes Recht anzuwenden, so will er damit selbstverständlich nicht die Grundsätze des letztern für den betreffenden Fall zu seinem eigenen Rechte machen, sondern lediglich das eigene Recht in seiner Anwendbarkeit beschränken. Das badische Recht ist also nicht etwa durch das Konstitutionsedikt von 1808 inhaltlich berührt worden, sondern das letztere hat nur den Sinn, dass der badische Richter in einer Reihe von Fällen gar nicht auf sein einheimisches Recht abstellen darf. [1])

(Im übrigen wird noch den Gründen des Bezirksgerichts betreffend Gültigkeit der Schenkung eventuell beigestimmt.)

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XV [1896] S. 191 ff.)

---

[1]) Diese Ausführung ist doch höchst zweifelhaft: wenn der Richter nicht auf sein heimatliches Recht abstellen darf, also dieses für gewisse Verhältnisse ausgeschlossen wird, wie kann man noch sagen, dass es inhaltlich nicht berührt worden sei?

6. Kanton Basel-Stadt. Urteil des Civilgerichts vom 28. Februar 1896.

Armenunterstützungspflicht der nächsten Verwandten. Massgebendes Recht. Beweislast.

Die Bürgergemeinde Bachs (Kanton Zürich) klagte gegen den in Basel wohnhaften und eingebürgerten J. Amberg auf Bezahlung von Fr. 1. 50 per Tag für Verpflegung seines arbeitsunfähigen und seiner Heimatgemeinde Bachs zum Unterhalt anheimgefallenen Vaters. Der Beklagte hat in der Korrespondenz mit der Gemeinde mehrfach einen Beitrag von 1 Fr. per Tag freiwillig zu leisten angeboten, worin die Klägerin eine prinzipielle Anerkennung seiner Alimentationspflicht erblickt; sie stützt ihre Klage auf das Zürcher Recht und legt eine Bescheinigung des Zürcher Obergerichts ein, wonach gemäss der Praxis die Alimentationspflicht der Kinder eine solidarische ist. Der Beklagte will nach Basler Recht beurteilt werden, nach welchem ein rechtlich verfolgbarer Anspruch auf Alimentationspflicht überhaupt nicht bestehe. Eventuell macht er geltend, der Vater habe sich durch schuldhafte Vernachlässigung seiner Vaterpflichten der Alimentationsberechtigung verlustig gemacht, und die eingeklagte Forderung übersteige seine (des Beklagten) finanzielle Leistungsfähigkeit.

Das Civilgericht hat den Beklagten zur Zahlung des eingeklagten Betrages von Fr. 1. 50 per Tag verurteilt.

Motive: Die Beurteilung der streitigen Alimentationspflicht richtet sich nach dem Heimatrechte des Alimentationspflichtigen, denn die Alimentationspflicht ist im Eltern- und Kindesverhältnis begründet und dieses unterliegt nach allgemeinen und auch in der hiesigen Praxis anerkannten Grundsätzen über Rechtsanwendung dem heimatlichen Rechte, der „Sitz der Obligation" ist deshalb in casu nicht massgebend.

Als Heimat des Beklagten, der in zwei Kantonen heimatberechtigt ist, gilt der Kanton, in welchem er heute wohnt, also Basel-Stadt. Eine besondere gesetzliche Bestimmung über die Alimentationspflicht enthält nur § 45 der Ehegerichtsordnung vom 10. Mai 1837.[1]) Diese Vorschrift giebt aber einen rechtlich verfolgbaren Anspruch auf Alimentation, es geht dies aus ihrem Wortlaut schon zur Genüge hervor und ist auch schon von der Praxis sowohl für die Alimentationspflicht der Kinder als auch der Eltern so ausgelegt worden.

---

[1]) Die Kinder sind gehalten, die Eltern bei Hilflosigkeit derselben nach Möglichkeit zu unterstützen.

Wenn auch eine spezielle Bestimmung in Spezialgesetzen übrigens nicht niedergelegt wäre, so bestände doch nach dem gemäss § 698 der Stadtgerichtsordnung subsidiär zur Anwendung gelangenden gemeinen Recht eine Alimentationspflicht. Nach dem gemeinen Recht sind daher auch die einzelnen in der Ehegerichtsordnung nicht ausgeführten Rechtssätze über die Alimentationsverpflichtung zu beurteilen.

Die Alimentationsverbindlichkeit setzt hinreichendes Vermögen („Möglichkeit zu unterstützen" nach der Ehegerichtsordnung) auf der einen Seite und Mangel an Vermögen („Hilflosigkeit") auf der andern Seite voraus. Dass die letztere Voraussetzung in casu gegeben ist, ist anerkannt. Dagegen wird die Alimentationspflicht abgelehnt, weil der Alimentationsberechtigte seinerseits seine Pflichten gegenüber seiner Familie verletzt habe. Nun erkennt das gemeine Recht allerdings eine Weigerung der Alimentenleistung als berechtigt an bei ausreichendem Grunde hiefür (l. 5 § 11 und 23 D. 25,3; Seufferts Archiv XXVIII Nr. 229). Windscheid dehnte diese Möglichkeit des Ausschlusses auf alle Fälle aus, wo der Berechtigte sich seinerseits gegen die verwandtschaftlichen Pflichten verfehlt habe. Wenn man dieser Ansicht beitritt, so darf doch dabei nur das Verhalten gegen den Verpflichteten selbst in Betracht fallen und nicht auch seine Pflichtverletzung gegen seine andern Familienglieder. Gegenüber dem Beklagten aber hat sich der Alimentationsberechtigte keiner Verletzung seiner Vaterpflicht schuldig gemacht; als der Vater seine Familie im Stiche liess, war der Beklagte vielmehr schon erwachsen und sein Vater hatte keine Pflicht mehr, ihn weiter zu erziehen. Es ist übrigens auch nicht festgestellt, ob das Aufhören der Fürsorge ausschliesslich einem Verschulden des Alimentationsberechtigten oder nicht vielmehr seiner Unfähigkeit infolge Krankheit zur Last fällt. Es bleibt deshalb nur noch zu untersuchen, ob und in welchem Masse der Beklagte im stande sei, Alimente zu leisten, und ob er allein für die gesamten Verpflegungsauslagen kann in Anspruch genommen werden. Ob die Alimentationspflicht unter mehreren in gleicher Linie stehenden Descendenten jedem solidarisch obliegt, ist gesetzlich nicht normiert, dagegen hat sich das Reichsgericht (Entscheid in Civilsachen IV S. 151) für die Solidarität ausgesprochen und es ist dieser Auslegung beizutreten. Auch wenn dieselbe übrigens nicht angenommen würde, so müsste doch mindestens der einzelne der Verpflichteten subsidiär haften, wenn die andern leistungsunfähig sind, so Mandry: Das gemeine Familiengüterrecht I S. 258, und es könnte der Klägerin vom

Beklagten nicht mehr zugemutet werden, die Geschwister erst zu Leistungen anzuhalten, nachdem Beklagter selber wiederholt die Klägerin auf deren Leistungsunfähigkeit hingewiesen. Die ökonomische Lage des Alimentationspflichtigen kommt nun aber nur insofern in Betracht, als durch die Leistung der Alimente dem Pflichtigen nicht soviel entzogen wird, dass er selber Mangel zu befürchten hat (Entscheid des Reichsgerichts in Civilsachen V S. 160, Dernburg, Pandekten III S. 72). Hiebei entspricht es der Billigkeit, auf welcher die ganze Alimentenpflicht basiert und auf welche auch die Quellen wiederholt als Richtschnur für die Ausbildung der einzelnen Rechtssätze über die Alimentationspflicht hinweisen (Nachweise bei **Mandry**, das gemeine Familiengüterrecht I S. 257 ff.), dem Pflichtigen den Beweis über seine eigenen Vermögensverhältnisse, welche er allein zu kennen und klar zu legen im stande ist, aufzuerlegen (Dernburg a. a. O. Anmerk. 7 und Obertribunal zu Berlin in Seufferts Archiv I 233 entgegen Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen IV S. 154). Der Nachweis der Unfähigkeit zu der geforderten Alimentation ist vom Beklagten nicht erbracht worden, u. s. w.

7. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 18 décembre 1895.

Dette concernant l'économie du ménage, contractée par la femme, engage le mari.

Par contrat du 8 septembre 1890, intitulé „contrat de louage,“ feue Marie Botelli a loué des frères Hug, à Bâle, un piano pour une durée indéfinie; la valeur de ce piano était fixée à fr. 670. Dame B. devait en payer un loyer trimestriel de fr. 60. Par lettre du même jour, accompagnant le contrat, Hug frères écrivaient à dame B.: „Nous vous confirmons que le piano passera dans votre propriété du moment que sa valeur plus 5% d'intérêt (des reliquats) sera couverte par les versements mensuels; jusqu'à ce moment le piano reste objet de location, et en cette qualité notre propriété exclusive.“ — Au moment de son décès, dame B. avait payé par huit versements trimestriels fr. 480. Sommé de restituer le piano, le mari B. s'y est refusé, tant que Hug frères ne lui auraient pas remboursé les fr. 480. Une expertise intervenue en cours de procédure a fixé à fr. 400 la valeur actuelle du piano, à fr. 18 par mois au moins la location du piano en se reportant en 1890 et à la valeur que le piano avait alors d'après le contrat, et à fr. 12 par mois sa location actuelle.

Par demande du 28 janvier 1885 Hug frères ont conclu à restitution du piano détenu sans droit par P. Botelli. Celui-ci a conclu reconventionnellement à la restitution de fr. 480 avec intérêt légal, sous offre de rendre le piano. Il se fonde sur l'incapacité de la femme mariée de s'engager valablement sans autorisation de son mari et de deux parents. Subsidiairement, il conclut à ce que Hug frères, en recevant le piano, soient tenus de payer à P. B. fr. 200 et intérêt, comme restitution sur les valeurs livrées par dame B. à compte du prix de vente.

Les deux instances ont admis la conclusion de la demande.

Motifs du Tribunal cantonal: Considérant que lorsque le Code civil, à ses articles 119 et suiv., ne traite que de l'incapacité relative de la femme mariée de traiter pour son propre compte, de s'engager personnellement, de compromettre sa propre fortune, au détriment des droits du mari et au préjudice des enfants.

Que tout autre est la question de savoir si et dans quelle mesure la femme mariée est capable d'engager son mari, chef du ménage, vis-à-vis des tiers.

Que la position et le rôle de la femme mariée exigent absolument qu'elle puisse, dans une certaine mesure, et pour certains objets, traiter au nom de son mari, et l'engager vis-à-vis des tiers avec lesquels elle contracte, et que les tiers puissent traiter avec elle même sans en référer au mari, et sans requérir son autorisation ou sa ratification expresse.

Qu'à défaut par la loi d'avoir précisé les limites et les conditions de ce mandat tacite, il y a lieu d'apprécier dans chaque cas particulier, selon les circonstances des époux, l'objet et l'importance du contrat, si les limites de ce mandat ont été excédées, et si les co-contractants sont sans droit vis-à-vis du mari, ou, au contraire, si, la femme ayant valablement traité pour son mari, celui-ci est lié envers eux.

Qu'en l'espèce, dame B. a loué le piano non point dans son intérêt personnel, ni dans un but professionnel, mais bien pour l'utilité ou simplement pour l'agrément et la récréation de la famille.

Que cette location n'excédait point la part des ressources du ménage B. pouvant raisonnablement être affectée à un tel but.

Que si P. B. ne voulait pas exécuter le contrat, il n'avait qu'à en aviser Hug frères, étant libre d'y mettre fin en tout temps.

Considérant que le contrat du 8 sept. 1890 est bien un contrat de location.

Que sans doute il eût pu, à teneur de la lettre qui l'accompagne, se transformer en un contrat de vente, mais que cette transformation n'a pas eu lieu, ce par le fait de P. B., qui n'a pas voulu payer les 60 fr. de location trimestrielle.

Que le contrat de louage ayant pris fin par la faute de B., celui-ci est tenu de restituer le piano loué en bon état.

Que s'il apparaît que le loyer payé par B. excède en quelque mesure le prix normal de location d'un piano comme celui qui fait l'objet du litige, il n'en reste pas moins que la convention a été consentie librement, et qu'à ce titre elle doit faire règle entre parties.

Qu'ayant touché fr. 480 de location, et obtenu restitution, au bout de cinq ans passés, d'un piano ne valant plus que fr. 400, il saurait d'autant moins être question d'un enrichissement illégitime des demandeurs, que cet enrichissement provient du fait du défendeur, qui, ayant la faculté, en payant une somme bien inférieure à la valeur actuelle du piano, d'en devenir propriétaire, n'a pas voulu user de cette faculté, les demandeurs n'ayant de leur côté aucun moyen de contraindre le défendeur à en user.

(Journal des tribunaux XLIV [1896] p. 105 ss.)

---

8. Canton de Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 16 mai 1896.

Epoux séparés de biens. Responsabilité du mari de fournitures de ménage.

Meyer & Cie ont assigné Ammann-Berger en paiement d'une somme de fr. 51. 90 représentant le solde d'un compte de fournitures. A.-B. a soutenu qu'il ne doit rien à M. & Cie, que les fournitures ont été faites à sa femme dont il est séparé de biens par contrat. M. & Cie ont répondu que les fournitures en question ont profité, en tout cas, au ménage et que si A. est séparé de biens il doit néanmoins les deux tiers de la note réclamée. Ils ont, en conséquence, réduit leur demande à fr. 34. 60.

Le Tribunal de 1re instance a débouté M. & Cie de leurs conclusions, par le motif que les fournitures ont été faites à dame Ammann et consistent en vêtements et lingerie féminins qui ne sauraient être considérés comme frais du ménage commun dont l'époux séparé de biens puisse être tenu pour sa part et portion.

La Cour de justice civile a réformé ce jugement comme consacrant une contravention expresse à l'art. 1537 C. c.

Motifs: Attendu qu'il résulte du compte produit que la somme réclamée représente le solde du prix d'un lit; que c'est un objet dont l'acquisition fait partie des charges du ménage dont le mari est tenu quel que soit du reste le régime sous lequel il est marié, et pour lesquelles les tiers possèdent une action contre lui, sauf à lui-même, s'il est marié sous le régime de la séparation de biens, à exiger de sa femme une contribution conforme à leurs conventions matrimoniales.

Considérant, au surplus, que s'agit-il d'óbjets de toilette à l'usage de sa femme, Ammann ne serait pas moins tenu de payer la somme réclamée, le mari étant pendant le mariage obligé de fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état (art. 72, loi du 20 mars 1880) et ne pouvant refuser de payer que ce qui est exagéré et hors de proportion avec sa situation personnelle.

Que l'examen de la note produite montre que tel n'est pas le cas. (La Semaine judiciaire XVIII p. 385 ss.)

9. Kanton Baselstadt. Urteil des Civilgerichts vom 31. Januar 1896.

Gütertrennung infolge Konkurses des Ehemannes. Zeitpunkt ihres Eintritts.

G. Zulauf betrieb den E. Gräub in Basel und erwirkte gegen ihn die Pfändung. Die Ehefrau des Schuldners verlangte ohne vorgängige Betreibung (Betr.-Ges. Art. 111, Basler Ges. über ehel. Güterrecht § 11) für eine Frauengutsforderung von Fr. 2953. 74 Teilnahme an der Pfändung. Auf Bestreitung seitens Zulaufs klagt sie nun gegen diesen auf Anerkennung ihrer Forderung, und zwar 1. laut Weibergutsempfangschein, den ihr Ehemann am 7. Februar 1877 nach Massgabe des Berner Rechts für Fr. 2102. 90 ausgestellt hat, und 2. laut zwei Teilzeddeln, wonach sie während der Ehe Fr. 631. 84 von Witwe Schmid und Fr. 219 von Jakob Schmidlin geerbt hat; den Empfang dieser zwei Beträge hat der Ehemann mit Datum vom 11. November 1892 auf den Teilzeddeln schriftlich anerkannt. Der Beklagte beantragt Abweisung des ganzen, eventuell des Fr. 2223. 74 übersteigenden Betrags; in zweiter Linie verlangt er Feststellung, dass Klägerin an ihre ursprüngliche Weibergutsforderung von Fr. 2734. 74 oder viel-

mehr an deren privilegierte Hälfte von Fr. 1367. 37 mindestens Fr. 511 erhalten, somit höchstens noch Fr. 856. 75 in vierter Klasse zu fordern habe. Als eingebracht anerkennt er bloss den ersten Posten von Fr. 2102. 90, nicht dagegen Posten 2 und 3; gegen den letztern spreche besonders, dass der Weibergutsherausgabeakt, den der Ehemann der von Notar Lüthi assistierten Klägerin am 24. November 1892 in Biel errichtet habe, bloss Posten 1 und 2 verzeichne, also bloss Fr. 2734. 74; laut diesem Akt habe Klägerin auf Rechnung ihrer privilegierten Hälfte Fr. 511 durch Eigentumsübertragung von Mobilien erhalten. Der Mann der Klägerin sei nämlich, bevor er nach Basel zog, den 31. August 1893 in Biel fallit geworden, die Eingabe der Frau in dem dortigen Konkurse sei mit Fr. 856. 37 in vierter Klasse anerkannt, aber nachher behufs Ermöglichung eines Nachlassvertrages von ihr zurückgezogen worden, worauf der Nachlassvertrag zu stande kam und der Konkurs widerrufen wurde. In jenem Rückzug sieht Beklagter einen Verzicht der Klägerin auf Geltendmachung ihrer privilegierten Hälfte. Was ihre Rechte bei vorliegender Pfändung betreffe, so komme das Basler Recht zur Anwendung; nehme man an, sie lebe mit ihrem Manne in Gütergemeinschaft, so könne sie nichts verlangen, da sie im Konkurse nichts verloren habe (Ges. über ehel. Güterrecht Art. 12 a); nehme man, was zutreffe, Gütertrennung an, so frage sich, ob sie erst mit dem Konkurse des Ehemanns oder schon mit Ausstellung des Weibergutsherausgabeaktes eingetreten sei. Wenn ersteres, so könne Klägerin höchstens Fr. 856. 37, richtiger gar nichts fordern, da sie auf jenen Anspruch verzichtet und accommodiert habe; wenn dem Weibergutsherausgabeakt gütertrennende Wirkung zukomme, so habe sie erhalten, was sie zu beanspruchen habe; habe sie noch etwas zu fordern, so sei dies in fünfter Klasse und eine Teilnahme an der Pfändung ohne vorgängige Betreibung sei ausgeschlossen. — Das Civilgericht liess die Teilnahme der Klägerin an der Pfändung für den Betrag von Fr. 2223. 74 zu, wovon Fr. 856. 37 in vierter und Fr. 1367. 37 in fünfter Klasse zu kollocieren seien.

Motive: I. Nach dem baselstädtischen Rechte, das (gemäss Art. 19 Abs. 2 des B.-Ges. betr. die civilr. Verh. der Niedergelassenen) das eheliche Güterrecht der Klägerin Dritten gegenüber bestimmt, tritt wie nach Berner Recht durch den Konkurs des Ehemanns Gütertrennung ein (§ 12 Ges. über ehel. Güterrecht). Dies gilt nicht bloss, wenn der Ehemann in gütergemeinschaftlicher Ehe zu Basel wohnt und hier in

Konkurs gerät, sondern auch, wenn Ehegatten in Basel Wohnsitz nehmen, nachdem sonstwo in der Schweiz der Mann fallit geworden ist. Eine engere Interpretation findet weder im Gesetzestext noch in Erwägungen der Analogie eine Stütze. Das baselstädtische Recht kennt zwei Güterrechtssysteme: Gütergemeinschaft und Gütertrennung. Die Frage, welches von beiden in concreto das externe Güterrechtssystem sei, lässt sich nicht damit beantworten, jeder Dritte sei berechtigt, hier wohnhafte Eheleute so lange als gütergemeinschaftlich anzusehen, als nicht Gütertrennung hier publiciert worden und aus einem öffentlichen Register zu ersehen sei. Allerdings wirkt die vertragliche und wohl auch die gerichtliche Gütertrennung Dritten gegenüber nur kraft und seit Eintrag im Handelsregister und amtlicher Publikation; bei der Gütertrennung infolge hiesigen Konkurses und infolge Exekution des Anschlussanspruches in einer Pfändung des Ehemanns ist dagegen eine Publikation der Gütertrennung teils gar nicht, teils als blosse Ordnungs- und Verwaltungsmassregel, nicht als rechtswirkende Förmlichkeit, sondern als rechtsbezeugende Anzeige vorgeschrieben, und ein Eintrag in öffentliche Register findet in beiden Fällen nicht statt. Nicht die hiesige Publikation des Konkurses, sondern der Konkursausbruch selbst, das rechtskräftige Konkurserkenntnis, bewirkt Gütertrennung.

Der Widerruf des Konkurses berührt diese Wirkung nach Basler Recht so wenig als nach Berner Recht. Allerdings spricht das Basler Recht dies nicht ausdrücklich aus, das Gegenteil lässt sich aber weder aus der Bestimmung des § 12 Abs. 2 des Ges. über ehel. Güterrecht (bei der Teilnahme der Ehefrau an der Pfändung tritt Gütertrennung erst nach Verwertung der Pfänder, also nach vollzogener Exekution ein) noch aus dem Postulat begründen, der Widerruf des Konkurses müsse logisch nach rückwärts alle Wirkungen desselben aufheben. In einzelnen Beziehungen trifft dies zu (vrgl. § 39 a des Einf.-Ges. vom 22. Juni 1891 zum B.-Ges. über Schuldbetr. und Konk.), aber nicht notwendig in allen. Im früheren Basler Recht wurde mit Konkursrücknahme oder Accommodement die Gütertrennung nicht rückgängig, im jetzigen Rechte ist dies nicht geändert.

II. Seit dem in Biel erfolgten Konkurs ihres Ehemanns ist also die Klägerin hinsichtlich ihres güterrechtlichen Verhältnisses gegenüber Dritten auch in Basel als gütergetrennte Ehefrau zu behandeln. Diese Wirkung ist aber nicht schon durch die Errichtung des Weibergutsherausgabeaktes einge-

treten. Die bernische Versicherung der Hälfte des Frauengutes, und wenn der Mann sie nicht leisten kann die Herausgabe dieser Hälfte zu Eigentum ändert nach Berner Recht nichts an dem bisherigen Güterrechte der Ehegatten, weder nach innen noch nach aussen; das so übertragene Eigentum ist ein beschränktes, revokables, lediglich Pfandzwecken dienendes, und wenn dem auch nicht so wäre, so könnte doch nach Basler Recht für das externe Güterrecht diese dem Berner Güterrecht entstammende Massregel keinen Einfluss haben.

III. Mit Eintritt einer Gütertrennung bewirkenden Thatsache hat die Ehefrau einen Rechtsanspruch auf Herstellung des der Gütertrennung entsprechenden thatsächlichen Zustandes, auf faktische Ausscheidung ihres Frauenguts, gegen den Ehemann erhalten. Wenn nun Klägerin darauf verzichtete, diesen Anspruch im Konkurse des Mannes geltend zu machen, so gab sie nicht die materielle Forderung, sondern nur deren Realisierung in diesem bestimmten Exekutionsstadium auf. Die Existenz ihres Anspruchs wird dadurch nicht berührt, so wenig als die Existenz eines andern Anspruchs oder doch seine privilegierte Stellung wird auch ihr Anspruch durch die Unterlassung der Geltendmachung in einem bestimmten Exekutionsverfahren gegen den Schuldner präkludiert. Das Gesetz stellt ferner keine besondere Frist für Geltendmachung ihres Anspruchs auf Realisierung der Gütertrennung, weder wenn sie infolge Ehescheidung oder zur Sicherung der Ehefrau durch Gerichtsspruch, noch wenn sie infolge Konkurses eintritt, auf; § 25 des Ges. betr. ehel. Güterrecht trifft eine eigentümliche Regelung zu Gunsten der andern Gläubiger des Ehemannes nur, wenn er innerhalb Jahresfrist nach dem gütertrennenden Gerichtsspruch exequiert wird. Jene Thatsache widerlegt auch das Argument des Beklagten, wenn die gütergetrennte Ehefrau die faktische Durchführung der Gütertrennung nicht sofort erzwinge, sei sie gemäss § 36 des Ges. über ehel. Güterrecht als gütergetrennte Ehefrau zu behandeln, die ihrem Mann ihr Vermögen zur Verwaltung übergeben habe, und eine solche besitze das Privileg des Weiberguts nicht. Ihr Frauengut hat sie ihm vor, und nicht nach der Gütertrennung übergeben, das Zuwarten mit dem Herausverlangen ist keine Uebergabe, Klägerin konnte es ihm auch gar nicht wirksam übergeben, da sie nach Berner wie nach Basler Recht (Vormundschaftsges. v. 23. Febr. 1880 § 11 Z. 3) handlungsunfähig und vormundschaftsbedürftig wurde; dass ihr in Basel aus Unkenntnis des in Biel erfolgten Kon-

kurses ein Vormund thatsächlich nicht bestellt wurde, ändert hieran nichts.

IV. Steht aber der Klägerin infolge der prinzipiellen Gütertrennung noch eine Forderung „für das von ihr in die Ehe gebrachte oder während der Ehe durch Erbschaft oder Schenkung von Seite dritter Personen erworbene Vermögen“ zu, so dass sie für die Hälfte ihres Anspruches ein Privileg in vierter Klasse hat, so fragt sich, wie hoch sich ihr Frauengutsanspruch beziffere und wie weit er durch Erfüllung getilgt sei.

(Der erstere Punkt bietet nichts juristisch Interessantes, der Posten 3 wird abgewiesen. Bezüglich des zweiten nimmt das Urteil an, die privilegierte Hälfte sei um Fr. 511 zu kürzen, da die Ehefrau für diesen Betrag Mobiliar erhalten habe, der Anspruch aus der Gütertrennung somit in dieser Höhe realisiert sei, was Klägerin selbst dadurch anerkannt habe, dass sie im Bieler Konkurse die Kürzung auf Fr. 856. 37 vornahm.)

---

10. Canton de Genève. Jugement du Tribunal de première instance du 9 octobre 1895.

Droits des parents déchus de la puissance paternelle envers les enfants.

La veuve G. demande que la mineure D., sa fille, soit ramenée par le défendeur A., tuteur de la fille, à Genève et placée de manière qu'elle puisse recevoir les soins que comporte son état de santé. Le défendeur, de son côté, tout en s'engageant moralement et pour autant que les fonds mis à sa disposition le lui permettront à donner à la jeune D. tous les soins que nécessite son état maladif, conclut à ce que la demande soit déclarée non recevable.

Le Tribunal s'est prononcé comme suit: Attendu que quelque rigoureuse que soit la loi du 20 mai 1891, qui va jusqu'à priver le père ou la mère déchu de la puissance paternelle du droit à l'honneur et au respect que lui doit son enfant (art. 20), elle n'a pas plus supprimé les liens du sang qui existent entre les parents déchus de la puissance paternelle et leur enfant, qu'elle n'en a créé entre celui et son tuteur; que, de ces liens du sang, dérivent pour les parents un certain nombre de droits d'ordre naturel, restreints et limités, il est vrai, mais non anéantis par la déchéance de la puissance paternelle;

Qu'il est hors de doute que le père ou la mère déchu qui verrait la santé ou la moralité de son enfant compromise

par un tuteur négligent ou indigne, aurait le droit d'intervenir et de requérir de la justice son remplacement, sans qu'on puisse lui opposer, à titre de fin de non recevoir, la déchéance des droits dérivant de la puissance paternelle;

Mais, attendu que cette mesure extrême doit être réservée au cas d'une exceptionnelle gravité;

Que rien, dans les faits de la cause, ne justifierait une semblable demande.

Attendu, d'autre part, que ce serait agir contre l'intérêt bien entendu de l'enfant, qui seul doit être pris en considération, que de ne reconnaître à l'ascendant déchu que le droit de demander la révocation du tuteur;

Que l'on ne saurait donc repousser, par une fin de non recevoir, l'ascendant déchu de la puissance paternelle qui demande au tribunal d'ordonner certaines mesures nécessitées par l'état de son enfant;

Que le tribunal, saisi d'une demande de ce genre, doit, au contraire, en examiner le bien fondé, et prendre, le cas échéant, les mesures dictées par les circonstances, en conciliant l'intérêt de l'enfant avec les droits du tuteur.

(La Semaine judiciaire, XVII [1895] p. 765 ss.)

---

11. Kanton Luzern. Urteil des Obergerichtes vom 20. Dezember 1895.

Notarialisches Testament. Bedeutung der Formvorschrift eigenhändigen Bezeugens, dass der Testator die Urkunde selbst gelesen und richtig abgefasst gefunden.

Das bürgerl. Ges.-Buch von Luzern schreibt in § 436 vor, der Testator, der seinen letzten Willen durch einen beeidigten Schreiber abfassen lasse, müsse die Ausfertigung mit demselben unterschreiben und bei seiner Unterschrift eigenhändig bezeugen, dass er sie selbst gelesen und richtig abgefasst gefunden. Sei aber der Testator nicht im stande, die Verordnung dergestalt selbst zu lesen und zu unterschreiben, so müssen die zwei Zeugen mit ihrer Namensunterschrift bezeugen, dass in ihrer Gegenwart die Verordnung ihm vorgelesen wurde und dass er sie gutgeheissen habe.

Im vorliegenden Streitfalle hatte der Testator, der lesen und schreiben konnte, das Testament nicht selbst unterschrieben, dagegen hatten die Testamentszeugen erklärt, dass der Notar dem Testator das Testament vorgelesen und dieser es

gut geheissen habe. Das Testament wurde von den Intestaterben angefochten, weil die Formvorschrift des § 436 erster Satz, der hier anwendbar sei, da der Erblasser nicht analphabet gewesen, nicht beobachtet worden. Das Gericht hielt aber das Testament aufrecht.

Motive: Die (in unserm Falle erfüllte) Formvorschrift des § 436 Satz 2 b. G.-B. bezieht sich nach dem Wortlaut allerdings nur auf Personen, welche weder lesen noch schreiben können; es liegt aber kein innerer Grund vor, diese Formvorschrift nicht auch als zureichend zu erklären, wenn der Testator lesen und schreiben kann. Die Kenntnisse und Fertigkeiten im Lesen und Schreiben sind oft so gering und mangelhaft, dass die Besitzer derselben denen gleichzustellen sind, welche weder lesen noch schreiben können. Bei diesen bietet die zweite Form des notariellen Testaments offenbar weit grössere Garantien als die erstere, und die Praxis hat denn auch stets die beiden Formen einander gleichgestellt.

(Verhandl. des Obergerichts und der Justizkomm. v. J. 1895, S. 185 f.)

---

12. Kanton Baselstadt. Urteil des Civilgerichts vom 23. Oktober 1895.

Eigenhändiges Testament. Ungültigwerden durch Rückbezug beim Notar.

Am 27. Juli 1895 starb in Basel Auswanderungsagent Philipp Rommel. Einige Tage hernach überbrachte Notar Dr. Christ der Nachlassbehörde eine letztwillige Verfügung desselben. Er teilte mit, er habe sie vom Testator hinterlegt erhalten und bis zum 15. Juli 1895 verwahrt. An diesem Tage habe sie Rommel gegen Rückgabe des Depotscheines beziehen lassen. Am 29. Juli habe sie dessen Angestellter unversehrt und uneröffnet zurückgebracht und angegeben, Rommel habe sich infolge abnehmenden Bewusstseins nicht mehr damit beschäftigen können. Die Nachlassbehörde eröffnete am 31. Juli 1895 die Urkunde. Eigenhändig vom Testator geschrieben, unterzeichnet, vom 12. Februar 1895 datiert, entzieht sie seinen minderjährigen Enkeln und nächsten Intestaterben ein Viertel des Nachlasses zu Gunsten eines Bruders und einer Schwägerin.

Gestützt auf § 56, 59 des Gesetzes betr. eheliches Güterrecht, Erbrecht und Schenkungen vom 10. März 1884, welche lauten: „Die Testamente können in notarialischer oder in eigenhändiger Form errichtet werden.“ „Die eigenhändige

Form besteht darin, dass der Testator seinen letzten Willen dem ganzen Inhalte nach eigenhändig niederschreibt und das Schriftstück mit Datum (Jahr, Monat und Tag) und Unterschrift versieht; ausserdem bedarf es zur Giltigkeit der Hinterlegung bei der Gerichtsschreiberei oder bei einem Notar," sah die Nachlassbehörde die Urkunde nicht als Testament an, da sie im Moment des Todes des Testators nicht bei einem Notar oder der Gerichtsschreiberei deponiert war. Darüber kam es nun zum Prozess. Die im Testament Bedachten klagten auf Anerkennung dieser letztwilligen Verfügung und machten geltend, der Rückbezug des Testaments durch den Testator beweise noch nicht, dass er es habe cassieren oder ändern wollen; er könne bloss beabsichtigt haben, es noch einmal einzusehen, oder etwas beizufügen. Durch die Deposition beim Notar sei das Testament zum formell gültigen Akt geworden und dessen Rückzug aus der Verwahrung des Notars hebe diese Gültigkeit nur auf, wenn sich darin deutlich der Widerrufswille äussere. Das Civilgericht erachtete das Testament als ungültig und wies die Klage ab, und das Appellationsgericht bestätigte das Urteil. Aus den Motiven ist hervorzuheben:

Beim eigenhändigen Testament handelt es sich um ein Rechtsgeschäft, das nur in Intervallen stück- und abschnittsweise in Perfektion wachsen kann. So lange der Testator die eigenhändig richtig ausgefertigte Urkunde nicht hinterlegt hat, liegt nur ein Vorbereitungsakt vor; erst wenn er sie hinterlegt hat, kommt das Geschäft zur Vollendung, wird aus dem Entwurf ein Testament. Die Depositions-Handlung wird zum einzigen gesetzlich zulässigen Erklärungsmittel des Willens des Testators, jene Urkunde solle sein Testament sein, erklärt. Ein anderer Beweis dafür, dass eine nach dem Tode des Erblassers vorgefundene eigenhändige Verfügung desselben Testament, und nicht bloss Testamentsprojekt war, wird überhaupt nicht zugelassen. Denn Existenz, Echtheit und Freiheit dieses Willens werden dadurch garantiert, dass ihre Konstatierung nur rechtsverständigen öffentlichen Glauben geniessenden Personen: Notar oder Gerichtsschreiber, anheimgegeben ist, und der Uebergang der Urkunde in ihr Depot bekundet, dass sie in Bezug auf dieses Objekt jene Erklärung entgegengenommen haben. Daneben und in zweiter Linie dient sie der Sicherung der Urkunde gegen äussere zufällige oder böswillige Gefährde.

Ob jedes Hinaustreten aus dem Gewahrsam des Notars oder der Gerichtsschreiberei das Testament ungültig mache,

z. B. Diebstahl, Verlieren bei einem Umzug u. dgl., wie Beklagte behaupten, oder ob nicht eine solche Strenge übers Ziel hinausschiesse, steht hier nicht zur Frage. Wenn aber die Urkunde mit Wissen und Willen des Erblassers beim Depositar zurückbezogen worden ist, ist der Zweifel, ob Testament oder Testamentsprojekt, Rechtsgeschäft oder Vorbereitungshandlung vorliege, der nur so lange ausgeschlossen war, als der Testator deponiert hatte und deponiert liess, wieder begründet. Das ist das Entscheidende, neben dem die Frage der Identität und unversehrten Konservierung der Urkunde erst in zweite Linie tritt. In jenem Punkt ist die Unsicherheit dieselbe, wie wenn nie deponiert worden wäre. Die Hinterlegung würde die Vorteile, deretwegen das Gesetz sie fordert, nicht bieten, wenn man ihre vorübergehende Vornahme genügen liesse und nicht ihr Andauern als Zustand — soweit vom Willen des Erblassers abhängig — forderte. Es entspricht daher durchaus der Bedeutung dieses Erfordernisses, wenn das Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch, welches die eigenhändigen Testamente prinzipiell völlig gleich wie das Basler Recht gestaltet hat, in § 1046 bestimmt, so lange das eigenhändige Testament wieder in die Hände des Testators zurückgegeben sei, bleibe dessen Wirksamkeit suspendiert und werde erst dann wieder hergestellt, wenn es neuerdings vom Testator hinterlegt werde. Wird dies bis zu seinem Tode unterlassen, so ist das Testament ungültig geworden, da jene seinen Willen dokumentierende Handlung nun nicht mehr vorgenommen, das zur Vollendung der Testamentserrichtung notwendige Schlussstück, das er einsetzte und dann wieder wegnahm, nun nicht mehr von ihm eingefügt werden kann.

13. Kanton Bern. Urteil des Appellations- und Cassationshofes vom 20. Juni 1895.

Gemeinschaftliches Testament in einer Eheabrede. Ungültigkeit geheilt durch Anerkennung der Erben.

Am 29. November 1880 errichteten die Eheleute Niklaus Steiner und Anna Maria geb. Pfister eine Eheverkommnis, worin sie verfügten:

1. Leisten die Ehegatten auf das ihnen als solchen zustehende Noterbrecht Verzicht und setzen im fernern folgende vertragsmässige Erbfolge fest:

2. Von dem sämtlichen, beim Absterben des einten oder andern Ehegatten noch vorhandenen Vermögen soll die eine Hälfte dem Ehemann und die andere Hälfte der Ehefrau zukommen.

3. Der Ehegatte, der den andern überlebt, ist berechtigt, das sämtliche Vermögen des Vorabgestorbenen lebenslänglich zu benützen und er soll von jeder Sicherheitsleistung befreit sein.

Nach beider Ehegatten Tode schlossen die beidseitigen Erben unter sich einen Teilungsvertrag, wonach sie gemäss der Eheverkommnis das vorhandene Vermögen in zwei Hälften teilten. Ein nach der Teilung noch zum Vorschein gekommener Gutschein des N. Steiner für Fr. 3200 bei der Ersparniskasse Fraubrunnen wurde ebenfalls nach Hälften an die beidseitigen Erben zugeschieden.

Weiter aber erhoben die Erben des Ehemanns Steiner nun folgenden Anspruch: Steiner habe bei der Ersparniskasse Burgdorf ein Guthaben von Fr. 2000 gehabt, das seine Frau am Tage nach dem Tode desselben, am 11. Dezember 1889, bei der Kasse erhoben habe. Frau Steiner ferner habe am 4. Juli 1889 auf ihren eigenen Namen bei der gleichen Kasse Fr. 3000 eingelegt und am 22. März 1892 diese Summe zurückbezogen. Dieses Geld sei ebenfalls Eigentum des N. Steiner gewesen. Beide Posten hätten einen Bestandteil der Teilungsmasse zu bilden und seien zur Hälfte ihnen (den Klägern) von der Beklagten (der Erbin der Frau Steiner) zu ersetzen. Nach der Eheverkommnis seien diese beiden Kapitalien mit dem Tode des Nikl. Steiner zur Hälfte auf dessen Erben und zur Hälfte auf die überlebende Witwe übergegangen. Da die letztere als Nutzniesserin der den Erben Steiner zustehenden Hälfte den Nutzniessungsgegenstand diesen habe hinterlassen müssen, sei diese Verpflichtung auf die Beklagte als Rechtsnachfolgerin der Witwe Steiner übergegangen.

Die Beklagte bestritt, dass diese Fr. 5000, wenn sie auch von Witwe Steiner einkassiert worden sein sollten, bei ihrem Tode noch vorhanden gewesen seien. Das vorhandene Vermögen sei durch zwei, nach Tod des Mannes am 21. Dezember 1889 und nach Tod der Frau am 27. Juni 1892 aufgenommene Inventarien, nach denen der Vermögensbestand annähernd der gleiche war, festgestellt und dann in einer für alle Parteien rechtsverbindlichen Weise geteilt worden. Uebrigens sei Ziffer 2 der Eheverkommnis unverständlich, weil es unmöglich sei, dass von dem bei Absterben des einten oder andern Ehegatten noch vorhandenen Vermögen die eine Hälfte dem Ehemann und die andere der Ehefrau zukommen solle; denn in diesem Fall sei der eine Ehegatte tot, und ihm könne

also nichts mehr zufallen. Andrerseits sei nicht gesagt, dass bei Absterben des einen oder andern Ehegatten das vorhandene sämtliche Vermögen je zur Hälfte den Erben des vorabgestorbenen und dem überlebenden zufallen solle, es sei also diese Eheverkommnis ihrem ganzen Inhalte nach für die Beklagte unverbindlich.

Der klägerische Anspruch wurde vom App.- und Cass.-Hof gutgeheissen.

Motive: Es ist richtig, dass der Wortlaut der Eheverkommnis eine Unmöglichkeit enthält. Er ist so widersinnig, dass schon deshalb ein andrer vernünftiger Sinn in den Vertrag hineingelegt werden muss, und zwar der, den ihm die Kläger beilegen, dass nämlich die eine Hälfte des vorhandenen Vermögens dem überlebenden, die andere den Erben des vorabgestorbenen Ehegatten zukommen, und dass an dieser Quote der überlebende die Nutzniessung bis zu seinem Tode haben sollte. Eine solche Eheverkommnis hätte nun allerdings mit Recht von den Interessierten als ungültig betrachtet werden können. Denn erstlich verfügte darin nominell wenigstens jeder der beiden Ehegatten über die Hälfte des Vermögens des andern und sodann liegt darin materiell seitens beider Ehegatten zu Gunsten der Erben des andern eine letztwillige Verfügung über die Hälfte ihres Vermögens, die nach dem Schlusssatz der Satz. 896 C. der Form einer letzten Willensverordnung bedurft hätte. Allein die Parteien haben sich auf diese Ungültigkeit damals, als die Frage an sie herantrat, als es sich nämlich um die Teilung des Nachlasses der Eheleute St. handelte, nicht berufen, im Gegenteil wurde die Eheverkommnis den Teilungsverhandlungen zu Grunde gelegt. Und nun geht es nicht an, dass eine Partei, die eine bestimmte Grundlage zur Auseinandersetzung mit einer andern angenommen hat, nachträglich, wenn es sich um eine Fortsetzung dieser Auseinandersetzung handelt, jene Grundlage als ungültig angreife. In dem früheren Verhalten liegt ein Verzicht auf die Befugnis, die Ungültigkeit der Eheverkommnis geltend zu machen.

(Zeitschr. des Bern. Jur.-Ver. XXXII S. 132 ff.)

14. Kanton Graubünden. Urteil des Kantonsgerichts vom 22. Februar 1895.

Erbvertrag. Formelles Erfordernis des Vorlesens.

Eva Ardüser hatte durch Erbvertrag dem Peter Mattli ihr Heimwesen in Maran durch den Todesfall zugewendet.

Dieser Vertrag war in die Form eines aussergerichtlichen schriftlichen Testaments gekleidet, die Verfügung selbst von fremder Hand geschrieben, dann von der Eva Ardüser als des Schreibens unkundiger Person mit drei Kreuzen, von Peter Mattli mit seinem Namen unterzeichnet und von drei Zeugen mit folgender Erklärung versehen: „Dass dieser Erbschaftsvertrag von beiden Parteien gehörig unterzeichnet und verstanden wurde und damit vollkommen einverstanden sind, bescheinen die hiezu erbettenen Zeugen" (Unterschriften).

Dieser Erbvertrag wurde nach dem Tode der Eva Ardüser von ihren Intestaterben angefochten, zunächst mit dem Grunde, dass die gesetzliche Formalität des Vorlesens bei der Abfassung nicht beobachtet worden sei. Hiegegen wendete P. M. ein, dass die Erklärung der Zeugen auf dem Aktenstücke selbst das Vorlesen voraussetze, dieses aber auch sonst durch Zeugenabhörung bewiesen werden könne.

Das Kantonsgericht erklärte den Erbvertrag als ungültig.

Motive: Für die Beurteilung der testamentarischen Formvorschriften ist einzig das betreffende Instrument selbst massgebend. Aus dem Sinn und Wortlaut des Art. 504 bünd. Pr. G., der ausdrücklich bestimmt, dass die Bescheinigung der Zeugen auf dem nämlichen Blatte zu erfolgen hat,[1]) geht zur Evidenz hervor, dass ein erst nachträglicher Zeugenbeweis über die Einhaltung der gesetzlichen Formalitäten nicht berücksichtigt werden darf; es würde das der als unerlässliche Bedingung vorgeschriebenen Einheit des Testamentsaktes direkt widersprechen.

Es fragt sich daher, ob die Bescheinigung der Zeugen, „dass dieser Erbvertrag von beiden Parteien gehörig unterzeichnet und verstanden wurde und damit vollkommen einverstanden sind," der Vorschrift des Art. 504 entspreche oder nicht.

In dieser Richtung kann nun dem Kläger (Mattli) nicht beigepflichtet werden, wenn er behauptet, unser Erbrecht basiere auf dem Grundgedanken der freien individuellen Verfügungsfähigkeit; im Gegenteil muss dem gegenüber konstatiert werden, dass es die gesetzliche Erbfolge an die

---

[1]) Art. 504: Zur Gültigkeit eines aussergerichtlichen schriftlichen Testaments ist erforderlich, dass ..... das Testament auf dem nämlichen Blatte mit der Namensunterschrift dreier vollgültiger Zeugen in der Weise versehen werde, dass jeder derselbigen bescheinige: es sei das Testament in seiner Gegenwart dem Testator oder von letzterem selbst vernehmlich vorgelesen, von dem Testator verstanden und als sein letzter Wille erklärt worden.

Spitze gestellt hat, in Uebereinstimmung mit der ganzen Rechtsentwicklung in unserm Kanton, die das Testament und ganz besonders den Erbvertrag nur ganz allmählig und beschränkt hervortreten liess. So ist letzterer erst im neuen Privatrecht aufgenommen worden, während das frühere Erbrecht von 1850 noch den Erbvertrag lediglich in der Form eines, unter Umständen wieder einseitig lösbaren Ehepaktes zwischen den Ehegatten kannte. Aus dieser Singularität der sog. gewillkürten Erbfolge, die nur in ganz bestimmten, in Art. 503 priv. G. aufgeführten Formen möglich ist, ergiebt sich auch die Notwendigkeit von deren strikter Einhaltung und Interpretation.

Es handelt sich mithin um einen Formalakt, bei dem die in Art. 504 vorgeschriebenen Worte als verba solemnia nicht fehlen oder durch beliebige andere ersetzt werden dürfen. Auch die grammatikalische Interpretation stimmt damit vollständig überein; der den betreffenden Worten vorstehende Doppelpunkt zeigt an, dass es dem Gesetzgeber nicht genüglich schien, wenn in irgend einer Form der Wille des Testators bekundet würde, sondern dass er den Gebrauch dieser Formel vorschreiben wollte. Bei dieser Bedeutung der Formel ist die Frage überflüssig, ob nicht aus dem „verstanden haben“ das „Vorlesen“ gefolgert werden müsse, und zudem wäre diese Folgerung nicht schlüssig, da noch andere Wege des Verstehens ohne ausdrückliches Vorlesen denkbar sind.

Muss der Erbvertrag aus diesem Formmangel als ungültig erklärt werden, so ist auch die Frage, ob eventuell wenigstens ein Testament vorliege, aus dem gleichen Grunde zu verneinen.

(Civilurteile des Kantonsgerichts Graubünden 1895 [Chur 1896] S. 35 f.)

---

15. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 8. Februar 1896.

Wegrecht. Körperliche Anstalt im Sinn von § 245 pr. G.-B.

Der Kläger ist seit 1884 Eigentümer der Hälfte eines an der Wytikoner Strasse gelegenen Hauses. 1889 kaufte er auch die andere Hälfte von C. Rüegg. In der Nähe dieses Hauses, aber etwas entfernter von der besagten Strasse, liegt das Haus des Beklagten, der dasselbe ebenfalls von Rüegg erworben hatte. Von diesem Hause geht ein im Eigen-

tum des Beklagten befindlicher Fussweg in die Wytikoner Strasse, parallel zu einer Seite des klägerischen Doppelhauses. Zwischen diesem und dem Wege liegt ein dem Kläger gehörender Landstreifen, der als Gärtchen und Ablagerungsplatz benutzt wird. In dem Kaufvertrag zwischen Kläger und Rüegg von 1889 ist gesagt, der Landstreifen (Gärtchen und Lagerplatz) grenze „an den vom Verkäufer und von dem Käufer nun gleichberechtigt zu benutzenden Fussweg." Diese Grenzbezeichnung wurde bei der kanzleiischen Fertigung im Journal aufgenommen und auch im Kaufbrief des Klägers vorgemerkt; dagegen wurde dieser Vormerk bei der Fertigung des Verkaufes von Rüegg an den Beklagten in des letztern Kaufbrief nicht eingetragen. Später wollte Beklagter dem Kläger die Benutzung des Weges nicht mehr gestatten, wogegen Kläger auf Grund der im Fertigungsjournal enthaltenen Grenzbezeichnung als einer „Eintragung" der Servitut, eventuell auf Grund des Vorhandenseins einer in einer körperlichen Anstalt bestehenden Servitut den richterlichen Schutz anrief. Die Appellationskammer hiess die Klage gut im Gegensatz zu einem abweisenden Urteile des Bezirksgerichts, das weder Eintragung noch eine körperliche Anstalt anerkannt hatte.

Motive: Es ist unzweifelhaft, dass Rüegg dem Kläger bei dem Verkaufe von 1889 durch die im Kaufvertrag enthaltene Grenzbezeichnung ein Wegrecht an dem Fussweg hat einräumen wollen; es liegt also ein auf die Begründung einer Dienstbarkeit gerichtetes Rechtsgeschäft im Sinne von § 245 pr. G. B. vor. Somit ist in erster Linie zu prüfen, ob sich der Weg als eine „körperliche Anstalt" im Sinne dieser Gesetzesbestimmung darstelle.

Dies ist auf Grund des diesseitigen Augenscheines zu bejahen. Es steht in der Gerichtspraxis ferner fest, dass unter die nicht notwendig zu fertigenden Servituten unter gewissen Voraussetzungen auch die Wegrechte gehören, dann nämlich, wenn die lokalen Verhältnisse schon an sich auf die fremde Benützung, die den Inhalt des beanspruchten Servitutrechtes bildet, klar und deutlich hinweisen. Demgemäss ist ein ausgelegter Weg als eine körperliche Anstalt im Sinne des § 245 zu betrachten, sobald aus dessen Anlage ersichtlich ist, dass er nicht nur dem Grundstück, zu welchem er gehört, sondern auch dem Nachbargrundstück, d. h. demjenigen, für welches die Servitut beansprucht wird, zu dienen bestimmt ist.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XV [1896] S. 94 f.)

16. Kanton Schaffhausen. Urteil des Obergerichts vom 17. Mai 1895.

Nachbarrecht. Verbot der Aufstellung einer Fraise im Hofe neben dem Nachbarhause.

Die Parteien besitzen zwei Häuser, welche früher als Vorder- und Hinterhaus zusammen gehörten und durch einen engen geschlossenen Hof getrennt sind. Der eine plante eine umfassende Umbaute seines Hauses, gegen welche der andere aus verschiedenen Gründen Einsprache erhob. Einen Hauptstreitpunkt bildete die Absicht des Beklagten, in dem Hofe eine Fraise, Zirkularsäge, aufzustellen. Dagegen erhob der Kläger Einsprache mit der Begründung, das Geräusch der Fraise würde sein Haus bezw. dessen Insassen dermassen belästigen, dass ihm eine unerträgliche Schädigung erwachsen würde.

Uebereinstimmend mit der ersten Instanz hat das Obergericht diese Einsprache geschützt und die Aufstellung der Fraise untersagt.

Nach Art. 567 und 569 P.-R. ist der Besitzer eines Gebäudes zum Einspruch gegen die Benützung von Nachbargrundstücken allerdings nur dann berechtigt, wenn dieselbe der Gesundheit von Menschen oder Vieh schädlich ist oder aber dem Gebäude selbst bezw. den in demselben befindlichen event. zum Gebrauch desselben erforderlichen Gegenständen Schaden bringt. Eine an sich erlaubte Benützung, welche bloss Augen, Ohren oder Nase des Nachbars unangenehm affiziert, berechtigt nach § 568 noch nicht zur Einsprache. Eine bauliche Schädigung des Hauses oder eine direkte Gesundheitsschädigung der Insassen hat nun der Kläger selbst nicht behauptet, vielmehr hauptsächlich die übermässige Belästigung und die Schädigung betont, welche ihm dadurch erwachsen müsste, dass seine Gäste es in der von ihm in seinem Hause betriebenen Wirtschaft nicht mehr aushalten könnten, sobald die Fraise ihren Lärm ertönen liesse. Bei streng wörtlicher Auslegung des Gesetzestextes müsste demnach die Einsprache abgewiesen werden.

Wenn das Obergericht dennoch zu einer freieren, ausdehnenden Interpretation dieser Bestimmung gelangt, so glaubt es dazu durch die Bedürfnisse des Verkehrs und die moderne Entwicklung des Gewerbewesens genötigt zu sein. Das vom Kanton Schaffhausen rezipierte Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch steht noch auf dem Standpunkt des starren Eigentumsbegriffes, der sich seither im allgemeinen

Rechtsbewusstsein in manchen Beziehungen gemildert hat. Auch waren zur Zeit, als es geschaffen wurde, die Gewerbe und Industrien, welche heutzutage hauptsächlich blühen und auch Prozesse verursachen, durchschnittlich noch wenig entwickelt. Es muss eine gewisse Grenze geben, über welche hinaus in der Belästigung der Sinnesorgane nicht gegangen werden darf, auch wo streng genommen keine eigentliche Gesundheitsschädigung nachgewiesen werden kann. Schon unser Baugesetz ist über den Wortlaut des Privatrechts hinausgegangen, indem es in Art. 50 nach Reproduktion des § 568 P.-R. noch neu beifügt, dass bei an sich erlaubter Benützung wenigstens solche Vorkehrungen anzubringen sind, durch welche die Belästigung auf das geringstmögliche Mass reduziert wird, also beispielsweise Abschluss der Räumlichkeiten gegen die Strasse und Abzugskamin zur Abführung von schlechtem Geruch und Rauch. Wo derartige Schutzmassregeln der Natur der Sache nach nicht mit namhaftem Erfolg angebracht werden können, da muss der Richter eine solche Benützung des Nachbargrundstücks auch untersagen können, wenn sie eine geradezu unerträgliche Belästigung des Nachbars mit sich führt, und es wird einzig gelten, in der Bestimmung, was solche unerträgliche Belästigung ist, ein verständiges Mass einzuhalten. Die zürcherische Rechtsprechung ist durch dasselbe Bedürfnis zum nämlichen Schritt getrieben worden. Ullmer Nr. 917 zu § 618 des alten priv. G. B. führt aus, eine Leimsiederei müsse nicht geduldet werden, weil der durch sie verursachte Geruch zwar nicht gerade gesundheitsschädlich, aber doch so widrig und eckelhaft sei, dass er zur Plage werden, ja sogar das Wohlbefinden stören könne.

Ganz analog verhält es sich auch mit einer Fraise. Dass das durch sie erzeugte Geräusch eines der allerdurchdringendsten und widerwärtigsten ist, das es überhaupt giebt, ist ohne weiteres bekannt. Wenn wie im vorliegenden Falle eine solche Fraise in einem engen geschlossenen Hofraum erstellt werden soll, so muss das Geräusch eine Stärke erreichen, die über das zulässige Mass von Belästigung hinausgeht, ja in unserem Zeitalter der Nervenschwäche unter Umständen das Nervensystem in einer Weise reizen kann, die beinahe an Gesundheitsschädigung heranreicht. Das sich gefallen zu lassen kann dem Nachbar billigerweise nicht mehr zugemutet werden. Es müssen die Verhältnisse in billige Berücksichtigung gezogen werden, und da ist auch der Umstand nicht in erster Linie, aber doch wenigstens nebenbei zu be-

achten, dass das Geräusch sich hauptsächlich auch in dem vom Kläger betriebenen Wirtschaftslokal vernehmlich machen müsste. Sobald die Fraise ihren Lärm ertönen liesse, würden die Wirtschaftsgäste unfehlbar sich davonmachen, und da erfahrungsgemäss die Gäste weit leichter vertrieben als gewonnen sind, müsste der Kläger in seinem Erwerb schweren Schaden leiden. Wäre die Fraise das Aeltere und die Wirtschaft das Neuhinzugekommene, so müsste die letztere natürlich zurückstehen. Wer in die Nachbarschaft eines bereits bestehenden Betriebes, der einen unangenehmen Geruch oder Lärm verursacht, eine Wirtschaft baut, der kann allerdings nicht beanspruchen, dass der Betrieb zu seinen Gunsten eingestellt werde. Im vorliegenden Fall hatte aber der Rechtsvorgänger des Klägers in seinem Hause bereits seit einigen Jahren eine Wirtschaft betrieben, als der Beklagte sein Haus kaufte. Dieser letztere Umstand verpflichtet den letzteren allerdings nicht gerade, streng alles zu unterlassen, was für den Wirtschaftsbetrieb des Klägers irgendwie unangenehm sein könnte, wohl aber ist er geeignet, das Recht des Klägers auf Schutz gegen unerträgliche Beeinträchtigung noch etwas zu verstärken.

(Amtsbericht des Obergerichts für 1895 S. 50 ff.)

---

17. Kanton Zürich. Urteil der Rekurskammer des Obergerichts vom 23./30. Dezember 1895.

Wasserrecht an einem öffentlichen Gewässer, wiefern auch auf die Zuflüsse erstreckbar.

Am Kemptener Bach, der öffentliches Gewässer ist, haben die Weberei Oberkempten und Fr. Hotz staatlich konzessionierte Wasserrechte zum Betriebe von Fabriken. Sie behaupten, der Kemptener Bach werde durch Quellen im Oberkemptener Wald gespeist, deren 5 bis 6 durch Wasserreichtum ausgezeichnete, in ein gemeinsames offenes Rinnsal geleitet, dem Kemptener Bach zuflössen. Als die Wasserversorgungsunternehmung Wetzikon oberhalb dieser Quellen nach Wasser graben liess, um es nach Wetzikon zu leiten, verlangten jene Fabrikinhaber ein richterliches Verbot, weil dadurch die den Kemptener Bach speisenden Quellen in ihrer Ergiebigkeit geschmälert würden. Das Gesuch wurde aber abgewiesen.

Motive: Nach Art. 217 priv. G. B. haben die Besitzer bestehender Wasserrechte allerdings Anspruch darauf, dass das Gewässer weder oberhalb abgeleitet noch unterhalb durch neue Vorrichtungen gestaut, bezw. überhaupt dessen Lauf

verändert werde. Es ist aber wohl zu unterscheiden zwischen dem Gewässer selbst und dessen Zuflüssen. Art. 217 bezieht sich offenbar nur auf ersteres. Dagegen kann keine Rede davon sein, dass die Wasserwerkbesitzer, die, sofern es sich nicht um ein Privatgewässer handelt, ihr Recht nicht auf einen privatrechtlichen Titel, sondern lediglich auf einen Hoheitsakt des Staats stützen können, nun Anspruch darauf hätten, dass auch alle Zuflüsse intakt bleiben. Da Wasserwerke überhaupt nur an stärkeren Gewässern möglich sind, so würde sonst die Gewährung einer Wasserkonzession die Rechte der Grundeigentümer einer ganzen Gegend auf das in ihrem Boden befindliche Wasser insofern illusorisch machen, als dessen Benutzung und Verwertung nur dann erfolgen dürften, wenn es möglich wäre, dasselbe wieder in das betreffende Gewässer, und zwar oberhalb des Wasserwerks zu leiten. Einen so weitgehenden Schutz hat das Gesetz aber dem Wasserwerkbesitzer nicht gewährt.

Die Grundeigentümer sind daher durch die Rücksicht auf bestehende Wasserwerke nicht gehindert, auf ihrem Boden nach Wasser zu graben, auch wenn dieses dadurch den Wasserwerken verloren geht, nur darf nicht zu deren Schaden über das Gewässer als Ganzes verfügt werden.

Dieses geringere Mass von Schutz, welches den bestehenden Wasserwerken gegenüber den Brunnen in der Gesetzgebung zu Teil geworden ist, rechtfertigt sich einerseits dadurch, dass das Wasser als Lebensmittel überhaupt näherliegende Interessen befriedigt, andrerseits dadurch, dass ein Wasserrecht, das bloss die Verwertung der lebendigen Kraft des Wassers zum Inhalte hat, überhaupt stärkere Eingriffe verträgt. In der That bedeutet eine Verminderung des Wasserquantums z. B. um bloss 300 Liter in der Minute für den Wasserwerkbesitzer eine kaum nennenswerte Einbusse an Kraft, während eine solche Menge für die Verwendung als Trinkwasser schon sehr erheblich in Betracht fällt.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XV [1896] S. 69 f.)

---

18. Kanton Luzern. Entscheid der Justizkommission des Obergerichts vom 24. November 1894.

Unzulässigkeit künstlicher Zuleitung von Abwasser.

J. Hurter als Eigentümer des Rotsees verlangte beim Gerichtspräsidenten den Erlass eines Verbots, wodurch dem Stadtrat von Luzern untersagt werde, bei Erstellung des

Absonderungshauses im hintern Gopplismoos irgend welche Flüssigkeit oder feste Bestandteile in den Rotsee abzuleiten. Der Gerichtspräsident wies dieses Gesuch ab, worauf J. H. an die Justizkommission rekurrierte, die sein Begehren gut hiess, bis über die Frage der Berechtigung zu dieser Ableitung im petitorischen Verfahren entschieden sei.

Motive: Der Widerspruch des Rekurrenten gründet sich darauf, dass er eine künstliche Zuleitung von Wasser sich laut Gesetz nicht gefallen lassen müsse, und zwar in casu um so weniger, weil es sich um Zuleitung unappetitlicher Flüssigkeiten handle, welche die Eisausbeute erheblich schmälern und ihn dadurch in seinem Eigentumsrechte beschränken.

Opponent macht dem gegenüber geltend, der Rotsee bilde das natürliche Reservoir für die Aufnahme allen Wassers der höher gelegenen Nachbargrundstücke, möge es infolge natürlichen Laufes oder durch künstliche Vorrichtung dorthin geleitet werden. Ein Einspruch gegen diese Zuleitung wäre nur statthaft, wenn dadurch ein Schaden verursacht würde, was unter obwaltenden Umständen nicht angenommen werden könne.

Gemäss § 302 brgr. G. B. muss der Eigentümer eines tiefer gelegenen Grundstückes den natürlichen Abfluss des Wassers aus dem höher gelegenen Grundstücke aufnehmen. Die Zuleitung des hier in Betracht kommenden Wassers ist nicht ein natürlicher Abfluss im Sinn des Gesetzes, sondern qualifiziert sich als künstliche Vermehrung des Wasserzuflusses, wogegen Rekurrent wenigstens im possessorischen Verfahren mit Erfolg Einspruch erheben kann.

(Verhandl. des Obergerichts und der Justizkomm. 1894 S. 171 ff.)

---

19. Kanton Aargau. Urteil des Obergerichts vom 10. Februar 1893.

Rücktrittsfrist. Rechtzeitige Abgabe der Rücktrittserklärung. Verspätete Anzeige an die Gegenpartei.

A. hatte mit B. einen Liegenschaftskauf beim Wein abgeschlossen. Innerhalb 48 Stunden vom Abschlusse an gerechnet, und zwar so rechtzeitig, dass die Zustellung innert diesen 48 Stunden noch hätte erfolgen können, übermachte A. dem Gemeindeammann eine rechtliche Anzeige im Sinne des § 673 des A. B. G. behufs Zustellung an B. — Aus Schuld des Gemeindeweibels wurde die rechtliche Anzeige nicht mehr inner-

halb der Frist von 48 Stunden zugestellt. B. hielt daher die Kaufsabsage für verspätet und glaubte dass A. den Kauf halten müsse.

Dieser Auffassung konnte das Obergericht nicht beitreten. Ueber die zu lösende Streitfrage wurde im wesentlichen befunden:

Nach § 673 des A. B. G. können Kaufsverhandlungen über Liegenschaften, welche beim Wein oder anderem geistigen Getränke abgeschlossen werden, von jedem Teile innerhalb 48 Stunden vom Geschäftsabschlusse an gerechnet mittelst einer vom Gemeindeammann bewilligten rechtlichen Anzeige aufgehoben werden.

Die Kaufsabsage im Sinne dieser Bestimmung muss nun als perfekt betrachtet werden, sobald die rechtliche Anzeige so rechtzeitig in die Hand des Gemeindeammanns gelangt, dass sie innerhalb 48 Stunden vom Vertragsabschlusse an gerechnet dem andern Vertragskontrahenten noch zugestellt werden kann. In diesem Falle hat der Aufforderer alles gethan, was billigerweise von ihm verlangt werden kann. Unterbleibt trotzdem die Zustellung innerhalb gesetzlicher Frist, so kann dieser Umstand dem absagenden Teile nicht zum Nachteil und Schaden gereichen. In concreto aber hat A. wirklich die ihm gemäss § 673 des A. B. G. obliegenden Diligenzien rechtzeitig gewahrt, indem er die rechtliche Anzeige für B. so bald dem Gemeindeammann zugehen liess, dass sie noch binnen der vom Gesetz vorgesehenen 48 Stunden dem B. hätte zugestellt werden können.

(Bericht des Aarg. Obergerichts für 1893 u. 1894 an den Gr. Rat, S. 46 f.

20. Kanton Zürich. Urteil der Rekurskammer des Obergerichts vom 7. November 1895.

Ersitzung an öffentlicher Sache. Unterschied von unvordenklichem Besitz.

Bei einer von der Gemeinde Seebach projektierten Korrektion sollte das Niveau einer Strasse streckenweise erhöht bezw. ausgeglichen werden. An einer Stelle, wo eine Erhöhung um 1 bis 2 Meter in Aussicht genommen war, wurde die Strasse von einer dem Th. Frei gehörigen Wasserleitung durchkreuzt. Letzterer erhob Einsprache gegen die Ausfüllung und verlangte die Einstellung der betreffenden Arbeiten, wurde aber mit diesem Begehren abgewiesen. Sein hiebei eventuell geltend gemachter Standpunkt der Ersitzung wurde mit folgenden Gründen abgelehnt:

Im Widerspruch zu der im Kommentar von Schneider zu § 246 pr. G. B. geäusserten Ansicht ist der Satz festzuhalten, dass es eine Ersitzung im Sinne des § 246 an öffentlichen Sachen, solange dieselben dem öffentlichen Gebrauche dienen, nicht giebt. Die zürcherische Gerichtspraxis hat denn auch, obwohl sie die Möglichkeit der Ersitzung von Rechten an öffentlichen Sachen nicht allgemein verneinte, im einzelnen Falle, wo solche Rechte auf den Titel der Ersitzung gestützt wurden, stets zu Ungunsten der Ansprecher entschieden. Wenn der Kommentar zu § 246 sich zur Unterstützung seiner Ansicht, dass Dienstbarkeiten an öffentlichen Sachen ersessen werden können, auf das in Schaubergs Zeitschrift XVII, 421 ff. abgedruckte Präjudiz beruft, so ist zu bemerken, dass in jenem Falle, wo es sich um das Recht, in einem öffentlichen Gewässer ein Waschschiff halten zu dürfen, handelte, das Gericht allerdings ausgesprochen hat, dass auch Rechte an öffentlichen Gewässern unter gewissen Voraussetzungen infolge unvordenklichen Besitzes als rechtmässig erworben gelten und geschützt werden sollen, dass es aber immerhin, trotzdem die Unvordenklichkeit der Ausübung des streitigen Rechtes nicht bestritten war, den Anspruch verworfen hat. Nun sind aber die Rechtserwerbung infolge unvordenklichen Besitzes und die zehnjährige Ersitzung sehr verschiedene Dinge, und wenn jene unter gewissen Voraussetzungen innerhalb sehr enger Grenzen auch bei öffentlichen Sachen als möglich erklärt worden ist, so folgt daraus keineswegs, dass auch schon eine zehnjährige unangefochtene Ausübung eines Rechtes an öffentlicher Sache ebenfalls zur Anerkennung der Existenz des Rechtes selbst führen müsse. Jedenfalls kann von Ersitzung eines Rechtes an öffentlicher Sache infolge zehnjähriger unangefochtener Ausübung da keine Rede sein, wo nach gesetzlicher Vorschrift die Erwerbung eines derartigen Rechtes an eine staatliche Konzession gebunden ist (wie z. B. nach dem Strassengesetz die Anlegung einer privaten Wasserleitung durch das Gebiet einer öffentlichen Strasse); denn damit ist implicite jede andere Art des Rechtserwerbes ausgeschlossen.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XV [1896] S. 43.)

---

21. Canton de Genève. Arrêt de la Cour de justice civile du 28 septembre 1895.

Acquisition par prescription de la propriété d'une chose immeuble non obstant le défaut d'inscription au cadastre.

J. P. Gaillard a revendiqué contre les mariés Gallay la propriété d'une portion de la parcelle 1462 B du cadastre de

la commune de Chancy et a invoqué à l'appui de sa demande la prescription trentenaire. Les défendeurs ont contesté cette prétention et invoqué, en leur faveur, les indications du cadastre et leurs titres de propriété. Le Tribunal de 1re instance a acheminé le demandeur à prouver qu'il a possédé pour lui, à titre de propriétaire, d'une façon continue et non interrompue, paisible, publique et non équivoque, pendant plus de trente ans, la portion de la dite parcelle, et a statué, après avoir entendu les témoins, que le demandeur en serait seul et unique propriétaire comme l'ayant acquis par la prescription trentenaire, et ordonné la transcription du jugement au bureau des hypothèques, et au bureau du cadastre d'opérer la mutation en conformité.

Les défendeurs ont interjeté appel du dit jugement. Ils soutiennent que la preuve admise par les premiers juges n'était ni admissible ni pertinente, vu que

1° Depuis l'introduction du cadastre, il n'est plus possible de prescrire autre chose, en matière immobilière, qu'une parcelle entière ou une servitude.

2° Une des conséquences de l'établissement du cadastre est qu'on ne peut posséder d'une manière non équivoque, publique et à titre de propriétaire, tout ou partie d'une parcelle que si on est au bénéfice de l'inscription au cadastre.

La Cour de justice a confirmé le jugement.

Motifs: On ne saurait trouver nulle part, dans la loi sur le cadastre du 1er février 1841, la consécration de la thèse soutenue par les appelants que, depuis l'introduction du cadastre, il ne serait pas possible de prescrire autre chose, en matière immobilière, qu'une parcelle entière ou une servitude.

Dans la plupart des cas, en effet, la prescription a pour objet une faible portion de terrain dont la propriété est devenue indécise par la disparition des limites et, pour la restreindre à l'acquisition de parcelles entières et, par conséquent, pour limiter considérablement les cas où elle pourrait être invoquée, il faudrait un texte de loi qui n'existe pas.

Il resulte du rapport de la commission nommée par le conseil représentatif, pour examiner le projet de loi sur le cadastre, que cette commission, tout en repoussant une proposition qui avait pour but de faire de l'inscription une des conditions de la prescription, admettait que les tribunaux pourraient, au besoin, trouver dans le Code civil des dispositions suffisantes pour exiger cette inscription comme une condition de la possession, mais cette manière de voir de la commission n'a certainement pas passé dans la loi sur le

cadastre, car elle est en contradiction avec la disposition de l'art. 51 de la dite loi qui pose en principe que le cadastre fait foi, en faveur de celui qui y est inscrit, contre toute personne qui ne justifierait de son droit, ni par un titre de propriété régulier, ni par la prescription qu'elle aurait acquise conformément au droit commun.

L'art. 2229 C. civ. statue que, pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire; ainsi, en acheminant le demandeur à prouver qu'il avait possédé pour lui, à titre de propriétaire, d'une façon continue.... pendant plus de trente ans la portion de la parcelle 1462, dont il revendique la propriété, les premiers juges ont admis une preuve conforme au texte de la loi et qu'ils n'auraient pu rejeter sans commettre un véritable déni de justice.

La Semaine judiciaire. XVII [1895] p. 725 ss.

22. Canton de Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 25 avril 1896.

Droit d'antichrèse. Revendication, par le créancier antichrésiste, de la propriété des revenus de l'immeuble contre tout saisissant.

Le 28 octobre 1895, Jacot a fait saisir au préjudice de Perron, propriétaire à Drize, les sommes dues à ce dernier par dame Perron en qualité de locataire, pour avoir paiement de la somme de fr. 2601.50 qui lui est due par Perron. Muller a revendiqué le loyer saisi en vertu d'un droit d'antichrèse qui lui a été concédé par Perron afin d'assurer le service régulier des intérêts d'une obligation hypothécaire de fr. 10,000. Jacot a contesté cette revendication; en conséquence, Muller a cité Perron et Jacot en justice pour entendre déclarer fondé le droit d'antichrèse auquel il prétend sur les revenus de l'immeuble. Il produit, à l'appui de sa demande, un acte reçu par X. notaire, le 19 avril 1895, par lequel les mariés Perron ont, pour assurer le service régulier des intérêts d'une obligation par eux souscrite en sa faveur, déclaré lui remettre, à titre d'antichrèse, la jouissance de l'immeuble possédé par les mariés Perron à la Côte de Drize. Cet acte contient les clauses suivantes. Pour l'exercice de l'antichrèse, les parties déclarent constituer comme gérants de l'immeuble MM. X. et Y., régisseurs associés, qui sont autorisés à faire toutes locations, passer tous baux pour le temps, à telles personnes, et aux prix, charges et conditions qu'ils aviseront, les renou-

veler ou les résilier, exiger ou recevoir tous loyers et fermages, en donner quittance; sur les revenus nets de l'immeuble remis en antichrèse, soit après prélèvement des charges de toute nature, MM. X. et Y. s'obligent à payer les intérêts de la présente obligation ainsi que de toutes autres pouvant grever l'immeuble et ce, dans l'ordre de leur rang hypothécaire, le solde des dits revenus nets sera, s'il y a lieu, remis chaque année à M. Perron.

Jacot a opposé à la revendication de Muller que l'antichrèse n'est pas opposable aux tiers, parceque Muller n'a jamais été en possession de l'immeuble, qu'il ne peut exercer sur l'immeuble aucun droit de rétention et qu'il ne peut pas en jouir. Muller n'aurait pas la simple faculté de percevoir les fruits et de les imputer sur les intérêts qui lui seraient dus annuellement. L'antichrèse n'est qu'une délégation de fruits ou de loyers à concurrence de ce qui est du au créancier antichrésiste, dans l'espèce, à concurrence des intérêts annuels seulement. La saisie peut donc porter sur les loyers, défalcation faite des droits du créancier antichrésiste.

Le Tribunal de 1re instance a débouté Muller de sa revendication par les motifs que l'acte invoqué par lui n'est pas un acte d'antichrèse parceque Muller n'est pas en la possession de l'immeuble, qu'il constitue plutôt une cession de créance par Perron au profit de Muller, le droit de ce dernier ne pouvant s'exercer que sur le solde net des loyers après désintéressement des créanciers hypothécaires qui le priment, et que Muller ne saurait donc prétendre à un droit de propriété sur les loyers dus par dame Perron.

La Cour de justice civile a réformé ce jugement et déclaré fondé Muller à revendiquer les loyers saisis.

Motifs: C'est un principe général, en matière de nantissement, que les parties contractantes peuvent convenir que le gage sera remis en mains d'un tiers qui le détient aux lieu et place du créancier (art. 210 C. O., art. 2076 C. civ.).

La constitution de X. et Y., comme régisseurs, pour le compte du créancier et du débiteur, n'est donc pas une violation de la règle aux termes de laquelle le privilège ne subsiste qu'autant que le gage a été mis et est resté en la possession du créancier.

Cette règle, du reste, contenue dans l'art. 2076 C. civ., ne concerne que le nantissement des choses mobilières.

Il n'est pas possible de voir dans quelles dispositions de loi les premiers juges ont pris les arguments pour refuser la nature de l'antichrèse à l'acte du 19 avril 1895.

En effet l'art. 2085 s'exprime ainsi:

„L'antichrèse ne s'établit que par écrit. Le créancier n'acquiert par ce contrat que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance.“

On ne trouve dans cette disposition, ni la nécessité de la remise de la chose en mains du créancier gagiste ni, comme condition nécessaire, que ce dernier habite ou ait le droit d'habiter l'immeuble.

L'acte du 19 avril 1895 est donc bien un acte d'antichrèse et en doit ressortir les effets.

La question de savoir si un créancier antichrésiste a un droit de préférence sur les fruits et revenus de l'immeuble, ou si les créanciers chirographaires ont le droit de faire saisir les fruits non encore échus ni perçus à l'effet de les partager entre eux contributoirement avec le créancier antichrésiste, est une question controversée en droit français.

Quelques auteurs, se fondant sur ce que l'antichrèse n'est qu'une simple délégation de fruits et ne donne pas au créancier le *jus in re* sur l'immeuble, et sur ce qu'une délégation ne peut avoir d'effet qu'à mesure que les fruits échoient ou se perçoivent, décident que le créancier antichrésiste n'a aucun droit de préférence sur les créanciers, même chirographaires et postérieurs, et qu'il est obligé de venir à contribution avec eux. (Deloincourt, cours du Code civil, I, III, p. 218 n. 3.)

Cette opinion ne doit pas être suivie, car elle est fondée sur plusieurs erreurs.

En premier lieu, Pothier, dont les rédacteurs du Code civil se sont constamment inspirés, reconnait au droit d'antichrèse le caractère de droit réel (Oeuvres de Pothier, éd. Bugnet, I, IX p. 485).

L'al. 1 de l'art. 2087 montre que le créancier antichrésiste jouit d'un véritable droit de rétention et que les rédacteurs du Code ont admis le système de Pothier (cfr. Proudhon, de l'usufruit, I, n. 87 s. Mourlon, I, III p. 492).

En second lieu, il est inexact de prétendre qu'on ne peut déléguer que des revenus échus, aucune disposition de la loi n'interdit de déléguer une créance telle que des appointements, une rente dont les prestations ne sont exigibles qu'au fur et à mesure de leurs échéances; au contraire, ces sortes de créances sont fréquemment l'objet de délégations dont la validité est reconnue.

Enfin, il serait tout à fait extraordinaire que le législateur eût organisé, en apparence pour assurer une garantie au créancier, un système qui en réalité lui aurait causé un préjudice plus considérable que la situation de simple créancier chirographaire, puisque non seulement l'infortuné créancier antichrésiste n'aurait aucune préférence sur les créanciers chirographaires même plus récents que lui, mais il serait encore tenu, sous peine de dommages-intérêts (art. 2086), de payer les contributions et les charges annuelles de l'immeuble, de pourvoir à son entretien et aux réparations utiles et nécessaires, et il devrait faire l'avance de tous ces frais sans avoir la certitude d'être jamais remboursé puisque de nouveaux créanciers chirographaires pourraient toujours venir lui enlever, sinon la totalité, au moins une grande partie des revenus.

Le créancier antichrésiste a donc certainement le droit de revendiquer contre tout saisissant la propriété des revenus pour autant qu'ils lui ont été cédés en payement des intérêts et au besoin du capital de sa créance.

Mais, Jacot fait en outre valoir que Muller n'aurait droit qu'aux intérêts de sa créance et que, ces intérêts une fois prélevés sur le revenu annuel de l'immeuble, il reste une somme qui peut être saisie.

Muller prétend avoir le droit de revendiquer la totalité des revenus en vertu de la clause de l'acte d'antichrèse aux termes de laquelle X. et Y. se sont engagés à répartir ce revenu aux créanciers hypothécaires dans l'ordre de leurs inscriptions et à remettre le solde, s'il y en a un, à Perron.

Il s'agit donc de savoir si cette clause, qui paraît accorder aux créanciers hypothécaires dont l'inscription prime celle de Muller un privilège sur les revenus de l'immeuble que ne leur assurait pas leur hypothèque, est valable et opposable à Jacot.

Il est d'abord constant et établi par un compte, versé aux débats par X. et Y. et non contesté par les parties, que les revenus de l'immeuble en 1895, une fois les charges et les intérêts du créancier de premier rang payés, ne laissent disponible qu'une somme très inférieure à celle qui serait nécessaire pour payer les intérêts dus à Muller et que, par conséquent, la clause par laquelle Muller a promis de remettre à Perron le solde des revenus, s'il y a lieu, est actuellement sans portée.

Si donc la revendication de Muller ne devait pas être admise, la saisie porterait presque sur les sommes servant

à payer les intérêts du créancier de premier rang, celui-ci n'étant pas payé de ses intérêts poursuivrait la vente de l'immeuble hypothéqué, Perron perdrait sa propriété et Muller son gage.

Perron et Muller avaient donc un intérêt certain à assurer le paiement des intérêts dus au créancier de premier rang, l'acte par lequel ils ont assuré le paiement n'est pas attaqué comme ayant été fait en fraude des droits des créanciers; enfin, il n'est pas contraire aux règles de l'antichrèse.

En effet, les parties auraient pu valablement stipuler que tous les revenus de l'immeuble seraient attribués à Muller en compensation des intérêts de sa créance (art. 2089) et celui-ci en aurait pu disposer comme il l'aurait voulu; on ne voit pas pourquoi, dès lors, Muller ne pourrait pas s'engager, à l'égard de Perron, à consacrer une partie de ses revenus à payer les intérêts du créancier de premier rang hypothécaire.

C'est là une convention absolument licite et qui est opposable à Jacot comme à tout autre créancier et généralement, à tout tiers quelconque.

(La Semaine judiciaire XVIII p. 334 ss.)

23. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 3. September 1895.

Pfandrecht an vertraglichen Zubehörden, wiefern selbständig realisierbar.

J. Würthner liess auf der bereits stark hypothecierten Brauerei der Wwe Bauder für eine Forderung an diese einen Schuldbrief errichten und die zum Betriebe eines Gasthofes dienenden Möbel mitverpfänden. In dem bald darauf über die Schuldnerin ausgebrochenen Konkurse erreichten die Angebote auf die verpfändete Liegenschaft die Summe der dem Schuldbriefe des W. vorangehenden Vorstände nicht, der Schuldbrief des W. wurde also nicht angeboten, worauf das Konkursamt diesem mitteilte, dass sein Pfandrecht an dem Gasthofmobiliar durch Untergang des Pfandrechts an den Mobilien hinfällig geworden sei. Hiegegen erhob W. Klage und verlangte Schutz seines Pfandrechtes an dem mitverpfändeten Mobiliar. Beide Instanzen wiesen die Klage ab, das Obergericht mit folgenden

Motiven: Es ist lediglich zu entscheiden, ob dem Kläger an den ihm mit der Liegenschaft als Zubehörden verpfändeten beweglichen Sachen ein selbständiges Pfandrecht in dem Sinne zustehe, dass er, nachdem die Liegen-

schaft ohne diese Zubehörden versteigert worden, gleichwohl die letzteren bezw. deren Erlös zur Deckung seiner zu Verlust gekommenen grundversicherten Forderung beanspruchen könne. Dies ist zu verneinen.

Indem das zürch. pr. G. B. § 52 und 55 den theoretisch allerdings zweifelhaften und bestrittenen Begriff der vertraglichen („gewillkürten") Zubehörde aufgenommen hat (vrgl. dagegen besonders Unger, System des österr. Pr. R. I § 55, Kohler im Jahrb. f. Dogmatik N. F. XIV S. 41, Regelsberger, Pandekten I S. 389), wollte und konnte es damit nicht ein selbständiges (Mobiliar-)Pfandrecht an den durch Parteivereinbarung als Zubehörden erklärten Gegenständen einführen, da dem die Bestimmung des Art. 210 O. R. entgegengestanden wäre. Vielmehr folgt aus dem auch auf sog. vertragliche Zubehörden Anwendung findenden Begriff der Pertinenz, als einer Sache, die vermöge ihrer Zweckbestimmung, einer anderen (der Hauptsache) zu dienen, als zu dieser gehörig betrachtet wird und das rechtliche Schicksal derselben teilt, dass das Immobiliarpfandrecht an Liegenschaften auch die zu ihnen, sei es Kraft Gesetzes oder Vertrags gehörenden an sich beweglichen Zubehörden ergreift, wie dies auch in Art. 37 Sch. und K. Ges. bezüglich des Ausdruckes „Grundpfand" gesagt ist. Hieraus ergiebt sich aber mit Notwendigkeit die weitere Konsequenz, dass eine selbständige (gesonderte) Realisierung des an der Zubehörde als solcher bestehenden Pfandrechtes neben und unabhängig von der Realisierung des Pfandrechts an der Liegenschaft nicht zulässig sein kann; denn nicht nur muss das Pfandrecht an einer Liegenschaft und ihren Bestandteilen und Pertinenzen als ein einheitliches und unteilbares angesehen werden, sondern eine Ausscheidung im angedeuteten Sinne, durch gesonderte Liquidation der Hauptsache und der Zubehörde, stände auch im Widerspruch mit dem Begriff und Wesen der letzteren, da hiedurch deren Zugehörigkeit zur Hauptsache mit der Bestimmung, ihren Zwecken zu dienen, ja gerade aufgehoben würde. Das an der Zubehörde begründete Immobiliarpfandrecht kann auf bewegliche Sachen nur insoweit seine Wirkung ausüben, als deren Eigenschaft als Zubehörde in Betracht kommt, woraus folgt, dass auch bei der Realisierung demselben nicht die (weitergehenden) Wirkungen eines reinen Mobiliarpfandrechtes beigemessen werden dürfen.

Ist dies bei den eigentlichen (gesetzlichen) Zubehörden wohl nicht zweifelhaft, so muss es in gleicher Weise auch für die sog. vertraglichen gelten. Der begriffliche Unterschied

zwischen beiden Arten ist nur darin zu finden, dass bei den gesetzlichen die an sich vorhandene reale Zweckbeziehung einer beweglichen Sache zu einer unbeweglichen die Pertinenzqualität ohne weiteres (ipso jure) erzeugt, während bei den sog. vertraglichen Zubehörden der genannten Voraussetzung nur dann diese rechtliche Wirkung zukommt, wenn dies von den Parteien gewollt und in den vom Gesetze (§ 55) vorgeschriebenen Formen erklärt worden ist. Ist dies geschehen, so besteht ein praktisch erheblicher Unterschied zwischen ihnen nur noch in so weit, als die vertragliche Zubehörde eben nur im Verhältnisse der Parteien als solche behandelt wird, also nur da, wo die Interessen desjenigen, zu dessen Gunsten sie kreiert worden ist, in Frage kommen. Dies hat aber zur notwendigen Folge, dass bei einer Pfandverwertung auf dem Wege der Versteigerung solche vertragliche Zubehörden nur unter der Voraussetzung als solche behandelt und mit der verpfändeten Liegenschaft versteigert werden dürfen, dass ein die Forderung, zu deren Sicherung sie bestellt worden, wenigstens teilweise deckendes Angebot, gleichviel von welcher Seite, erfolgt. Geschieht dies nicht, wie es hier der Fall war, so verlieren die betreffenden Gegenstände den Charakter von Zubehörden und das an ihnen bestandene Pfandrecht geht unter, da sie eben nur als solche, und nicht als selbständige bewegliche Sachen verpfändet werden konnten.

Eine Minderheit wollte das Pfandrecht an dem Mobiliar schützen: § 52 des pr. G. B. geht davon aus, dass auch die in ihm genannten Sachen wie die des § 50 Pertinenzqualität besitzen, daher unter die Ausnahmsbestimmung des Art. 211 O. R. fallen, dass aber bei denselben, im Gegensatz zu den sog. gesetzlichen Zubehörden, die Ausdehnung der über die Hauptsache vorgenommenen Verfügung auf die Pertinenz nicht präsumiert werde. Der Unterschied ist also nicht der Art, dass er die Zulässigkeit der Verpfändung ohne Besitzübertragung in Frage stellen könnte. — Die Zubehörde, wenn sie auch der Hauptsache dient, ist von dieser verschieden und als Sache für sich zu behandeln. Wird eine Liegenschaft mit der Zubehörde verpfändet, so haftet dem Pfandgläubiger nicht ein einheitliches ungeteiltes Pfandobjekt, sondern die Sicherheit besteht in mehreren von einander verschiedenen Pfändern. Nun ist klar, dass bei Verpfändung mehrerer Gegenstände der Fortfall des einen Pfandobjekts noch keineswegs auch hinsichtlich der andern den Untergang

des Pfandrechts bewirkt. Es kann sich also nur fragen, ob für die Verpfändung von Hauptsache und Zubehörde ausnahmsweise eine abweichende Behandlung Platz greifen muss. Richtig ist, dass ein Verzicht auf das Pfandrecht an der Liegenschaft auch die Haftung der Zubehörde beseitigt. Dagegen fehlt es an jedem innern Grunde, um das Pfandrecht an der Pertinenz auch da für erloschen zu erklären, wo dasjenige an der Liegenschaft wider den Willen des Gläubigers, speziell infolge ungenügenden Angebots bei der Verwertung, dahingefallen ist.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XIV [1895] S. 333 ff.)

24. Kanton Luzern. Entscheid der Justizkommission vom 13. Dezember 1894.

Unstatthaftigkeit eines possessorischen Rechtsmittels gegen Nichthaltung eines Konkurrenzverbotes.

Gebrüder B. verkauften i. J. 1892 ihr Haus mit Käserei an Fritz St. unter der Kaufbedingung, dass „Verkäufer im bisher innegehabten Milchgeschäftskreise kein gleichartiges Geschäft betreiben dürfen und sich verpflichten, dem Käufer bei der Ausübung seines Milch- und Käsereigeschäftes in keiner Weise Konkurrenz zu machen.“ Bald darauf verkaufte St. die Liegenschaft weiter an Frau K. F. und deren Söhne und trat den Käufern alle ihm aus dem Erwerbsakte von 1892 zustehenden Rechte bezüglich Konkurrenz gegenüber den früheren Eigentümern Gebr. B. förmlich ab. Da nun Gebr. B. gleichwohl „ein gleichartiges Sennereigeschäft im gleichen Milchgeschäftskreise“ eröffneten, suchte Frau F. um Erlass eines Verbotes nach, dass den Gebr. B. untersagt sei, ein Milchkonkurrenzgeschäft für den Umkreis, für welchen sie sich beim Verkaufe des Hauses an Senn St. gegenüber diesem verpflichtet haben, zu betreiben. Dieses Gesuch wurde jedoch erst- und zweitinstanzlich abgewiesen, von der Justizkommission mit der Erwägung:

Dass, abgesehen davon, ob die Rekurrenten (Frau F. und Söhne) überhaupt legitimiert sind, von den heutigen Opponenten (Gebr. B.) die Erfüllung der erwähnten Kaufbedingung zu beanspruchen, hinsichtlich des fraglichen Konkurrenzverbotes zweifelsohne kein Besitzes-, sondern lediglich ein obligatorisches Verhältnis vorliegt, somit von einer Störung

des [illegible] Verhältnisses gegenüber dem Rekurrenten, wie [illegible] § [illegible] dem Erlass eines Ver-[illegible] nicht gar nicht die Rede sein kann, und die Rekurrenten ihre Ansprüche eventuell auf dem Wege des [illegible] Civilprozesses geltend zu machen haben.

[illegible]

25. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 6 juillet 1896.

Droit de préférence soit de préemption. Nature juridique de ce droit.

En 1893, J. Archinard a remis à bail à G.-M. Narbel un immeuble pour le terme de dix ans. A son article 6, le bail stipule ce qui suit:

> Le preneur aura en tout temps pendant la durée du bail, la préférence à prix égal sur tout autre amateur, en ce qui concerne l'acquisition de l'immeuble où sont situés les locaux loués.

En 1895, Narbel apprit qu'Archinard était entré en tractations avec M. F. pour la vente de l'immeuble et lui demanda des renseignements. Archinard lui répondit qu'il y avait effectivement promesse de vente avec F., mais qu'il était libre d'agir selon son gré, l'article 6 du bail n'ayant aucune valeur juridique. Malgré la protestation de Narbel, Archinard vendit définitivement à F. l'immeuble. Narbel a ouvert action à Archinard, en concluant au paiement de fr. 1000 à titre de dommages-intérêts pour violation de convention. Archinard a soutenu que la clause 6 du bail constituait une promesse de vente régie par les dispositions du Code civil vaudois, promesse qui se prescrit par six mois, et le tribunal de première instance a admis cette théorie et débouté le demandeur. Le tribunal cantonal a admis le recours de Narbel et réformé le jugement en ce sens qu'il a condamné Archinard à payer au demandeur la somme de mille francs à titre de dommages-intérêts.

Motifs: Considérant que la promesse de vente immobilière du droit vaudois est un contrat solennel, défini à l'article 1114 du Code civil.

Qu'aux termes de l'art. 1115 C. c., le droit qui résulte d'une telle promesse de vente consiste ou à faire prononcer qu'au refus par l'autre partie de procéder à la passation de

l'acte authentique de la vente, le jugement en tiendra lieu et en aura tous les effets; — ou à faire condamner la partie qui se refuse à l'exécution de la promesse, aux dommages et intérêts, — le tout au choix du demandeur.

Qu'ainsi la promesse de vente résultant de l'art. 1114 C. c. confère un droit réel sur la chose en faveur du promettant-acquéreur, qui a le droit absolu, inéluctable pour sa contre-partie, de se faire adjuger la propriété de l'immeuble.

Que dès lors, pour que la clause 6 du bail du 31 mai 1889 puisse être envisagée comme une promesse de vente immobilière, au sens de cet article 1114 du Code civil, il faudrait qu'elle concédât un tel droit au locateur Narbel.

Que ce n'est nullement le cas, puisque Archinard restait en tout temps libre de conserver son immeuble et de répondre qu'il ne vendait à personne, Narbel n'ayant, par la dite clause, d'autre droit que celui de préférence, à prix égal, vis-à-vis d'un autre amateur.

Qu'il résulte ainsi, de ce qui précède, que la théorie juridique du défendeur A., quant à la qualification de la convention, ne saurait être accueillie comme fondée.

Que le droit vaudois ne pouvant recevoir d'application en l'espèce, il y a lieu de voir si la clause en question constituerait un contrat susceptible d'une obligation à la charge de la partie A., au regard des dispositions du droit fédéral.

(Le jugement, considérant que toute chose peut faire l'objet d'un contrat, à moins qu'elle ne soit impossible, illicite ou contraire aux bonnes mœurs, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, et qu'aux termes des art. 111 et 112 toute obligation de faire et de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution imputable au débiteur, est parvenu au résultat sus-indiqué.)

(Journal des tribunaux, XLVI [1896] p. 633 ss.)

26. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 23. Juli 1896.

Forum domicilii oder forum rei sitæ?

Der im Kanton Aargau wohnhafte E. Ullmer schuldete seiner kinderlosen Schwester, Frau Challande, laut Obligo vom 1. August 1886 ca. fr. 33,000. Kapital- und Zinszahlung wurde ihm bis auf bessere Vermögenszustände gestundet. Beim Tode der Frau Ch. wurde der Erbteil des Ullmer auf Fr. 65,000 festgesetzt und der Witwer Ch. zur Sicherstellung dieses Kapitals

verpflichtet, unter Abrechnung der Schuld von Fr. 33,000, so dass der auf die in Zürich befindlichen Liegenschaften des Ch. errichtete Versicherungsbrief auf Fr. 63.000. — minus fr. 33,000. — lautete. Ch. verlangte nun aber, dass auch die seit 1886 aufgelaufenen Zinsen an dem Versicherungsbriefe abgeschrieben werden. und erhob die Klage darauf vor Zürcher Gericht. Der Beklagte bestritt die Kompetenz dieses Gerichts. Die erste Instanz erklärte sich inkompetent, die zweite dagegen nahm die Kompetenz der Zürcher Gerichte an.

Motive: Die Ansicht der ersten Instanz. dass die streitige Forderung, deren Abrechnung der Kläger verlange, eine persönliche Ansprache sei und nach Art. 59 B. V. am Wohnort des Beklagten angebracht werden müsse, wäre richtig, wenn die Klage auf Bezahlung der Forderung gerichtet wäre. Sie geht aber darauf, dass die grundversicherte Forderung des Beklagten um den Betrag der klägerischen Forderung gekürzt und das Pfandrecht am Notariatsprotokoll für diesen Betrag gelöscht werde. Gemäss § 92 zürch. Einf.-Ges. zum Schuldbetr.- und Konk.-Ges. kann bei pfandversicherten Forderungen die Klage „betreffend Forderungsrecht" am Orte, wo sich das Pfand befindet, angehoben werden. Dies muss auch da gelten, wo, wie hier, der Schuldner einer grundversicherten Forderung die Feststellung ihres Umfangs bezw. die Abschreibung eines Teils derselben am Pfandprotokoll verlangt. Allerdings setzt diese Feststellung hier voraus, dass der Richter auch über die Existenz der klägerischen Forderung entscheide, zu deren Beurteilung, wenn sie selbständig eingeklagt würde, er nicht kompetent wäre. Allein es handelt sich hier bloss um einen Incident- oder Präjudizialpunkt, zu dessen Beurteilung, soweit sie für den Entscheid über den Klaganspruch notwendig ist, der für den letzteren zuständige Richter befugt ist, ohne dass es hiefür seiner speziellen örtlichen Kompetenz bedürfte.

Die Frage, ob § 92 des Einf.-Ges. mit Art. 59 B. V. vereinbar sei, hat die bundesrätliche Praxis von jeher bejaht, und ebenso hat das Bundesgericht (Entsch. III Nr. 77) entschieden, dass auch die Klage auf Löschung des Pfandrechts bezw. Herausgabe der Pfandurkunde zum Zwecke der Löschung am Gerichtsstande des Pfandortes angebracht werden könne.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XV [1896] S. 251 f.)

27. Kanton Luzern. Urteil des Obergerichts vom 4. Juni 1895.

Zulässigkeit einer Klagergänzung.

Kläger hatte den Beklagten auf Restitution eines angeblich widerrechtlich zurückbehaltenen Erbschaftsguthabens belangt und adzitierte durch Klagesupplement noch zwei weitere Erben. Der Beklagte verweigerte die Einlassung auf das eröffnete Klagesupplement, weil schon lis contestata vorliege, nach dieser aber eine Klageverbesserung unzulässig sei, und zwar in casu um so mehr, als das Klagesupplement in Wirklichkeit den Inhalt des Klagschlusses verändere, bezw. erweitere. Der Beklagte wurde aber zur Einlassung auf das eröffnete Klagesupplement verhalten.

Motive: Nach § 95 C. R. V. ist vorliegend Litispendenz eingetreten, dagegen noch nicht Litiskontestation erfolgt, indem letztere erst in dem Momente eintritt, wann die (einlässliche) Rechtsantwort auf die Klage eingereicht worden und aus dem Schriftenwechsel sich ergiebt, was unter den Parteien eigentlich streitig ist, nicht aber schon dann, wenn unter diesen erst noch im Vorverfahren über Voraussetzungen des Prozesses gestritten wird, und in concreto nicht ersichtlich ist, dass Beklagter vor der Zustellung des Klagesupplements eine einlässliche Rechtsantwort abgegeben hatte.

Abgesehen davon, ob in dem Klagesupplement nicht bloss eine formelle Klageverbesserung enthalten sei, die eventuell beim Gerichtsvorstande selbst hätte angebracht werden können, stand der Zulässigkeit einer Abänderung der Klage in der hier in Betracht kommenden Richtung, sollte man darin auch eine materielle Aenderung erblicken, deshalb nichts im Wege, weil der Beklagte eben bis anhin sich auf die Klage in der Hauptsache noch nicht eingelassen hatte und er durch die Abänderung in seiner Verteidigung nicht verkürzt wird.

(Verhandl. des Obergerichts und der Justizkomm. v. J. 1895, S. 97 f.)

---

28. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 31. August 1895.

Beweisthema.

Der Kläger E., Inhaber einer Gerberei, kauft jeweilen im Frühjahr von den Landwirten seines Bezirkes Baumrinde zum Betriebe seines Geschäftes. Gegen die beiden Beklagten machte er eine Schadenersatzforderung geltend, gestützt auf die Behauptung, sie hätten bei seinen Kunden Rinde gekauft

und dabei vorgegeben, er (Kläger) sei jetzt fort und mache in diesem Geschäfte nichts mehr. Die Beklagten bestritten diese ihnen zur Last gelegte Aeusserung. Das Bezirksgericht erliess darauf das Beweisdekret:

„Der Kläger hat zu beweisen, dass ihm die Beklagten widerrechtlich Schaden zugefügt oder ihn durch unerlaubte Handlungen in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt haben."

Dieses Urteil wurde auf erhobenen Rekurs aufgehoben und das Bezirksgericht angewiesen, den Parteien nur Beweise für bestimmte Thatsachen aufzulegen.

Motive: Nach § 340 Rpf. G. dürfen Beweise nur für erhebliche streitige Thatsachen auferlegt oder abgenommen werden. In dem angefochtenen Beweisdekret wird aber ganz allgemein für den gesetzlichen Thatbestand der Art. 50 ff. O. R. Beweis auferlegt. Aus der Zulässigkeit einer derartigen Beweisauflage würde folgen, dass zur Begründung einer Klage im Beweisverfahren noch Thatsachen beigebracht werden könnten, die in der Hauptverhandlung weder vorgebracht worden sind noch mit den daselbst vorgebrachten Thatsachen in Verbindung stehen, und dass es zur Gutheissung einer Schadenersatzklage wegen unerlaubter Handlung keiner Darstellung des thatsächlichen Klagfundamentes in der Hauptverhandlung, sondern lediglich einer Anführung der betr. Gesetzesbestimmungen bedürfte.

Der dem Kläger aufzuerlegende Beweis hätte sich einfach darauf beschränken sollen, ob sich die Beklagten dahin geäussert haben, der Kläger handle nicht mehr mit Rinde, ferner ob und event. in welcher Höhe ihm hieraus ein Schaden entstanden sei.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XIV [1895] S. 308.)

29. Kanton St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichts vom 10. Januar 1895.

Beweisthema.

Das St. Gallische Gesetz über die Erbfolge enthält folgende Bestimmungen:

„Art. 231. Nur dasjenige kann in keine Abrechnung kommen, „womit der Erblasser ausdrücklich eine dieser Personen begünstigen „wollte und gesetzlich konnte, oder wovon das Gesetz erklärt, dass „es von der Abrechnung ausgenommen sei."

„Art. 232. Zu ersterm gehören jene Schenkungen, welche der „Erblasser aus dem Teile seines Vermögens, worüber er frei ver-

„fügen konnte, zu Gunsten eines Kindes oder des überlebenden „Ehegatten machte und wobei er ausdrücklich erklärte, dass es „dem Begünstigten zum voraus gehören solle.“

Im Streite lag nun, was der begünstigte Erbe zu beweisen habe, um die „ausdrückliche“ Willensmeinung des Erblassers zu erhärten. Das Kantonsgericht erklärte:

Gegenstand des Beweises ist im streitigen Falle nicht die Absicht des Erblassers, den Beschenkten zum voraus zu begünstigen, welche Absicht in manchen Fällen aus Inzichten geschlossen und mit dem Eide des Beschenkten, dass sich der Erblasser ihm gegenüber so ausgesprochen habe, erhärtet werden könnte; sondern der Beschenkte muss die Thatsache beweisen,

dass der Erblasser seine Absicht, den Beschenkten mit der Schenkung zum voraus zu begünstigen, ausdrücklich erklärt habe.

Der Inzichtenbeweis für das Vorhandensein der Begünstigungs-Gesinnung und -Absicht beim Erblasser bildet keinen halben Beweis zum angetragenen Erfüllungseid des Beschenkten, dahin lautend, der Erblasser habe ihm ausdrücklich erklärt, dass ihm die Schenkung zum voraus gehören solle.

(Entsch. des Kantonsgerichts des Kant. St. Gallen i. J. 1895, S. 3 f.)

30. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 25. mai 1896.

Preuve testimoniale tendant à établir les qualités d'un cheval et du cocher.

Veuve Perroux a actionné Duc et Jaccard et conclu à ce qu'ils soient condamnés à lui payer fr. 500 à titre de dommages-intérêts pour le préjudice causé à sa fille mineure par le fait et la faute de Duc, cocher, domestique de Jaccard. Les défendeurs, à l'appui de leurs conclusions libératoires, ont allégué, puis demandé à prouver par témoins les faits suivants:

Nr. 22. Le cheval que Duc conduisait est un cheval sage, tranquille et qui n'est pas difficile à conduire;

Nr. 23. Duc connaissait bien les chevaux; il est expérimenté et a l'habitude de conduire.

Veuve Perroux s'est opposée à cette preuve par le motif que ces allégués renferment des appréciations qui, à elles seules, tranchent en partie la question de droit dont dépend

le sort du procès. Les deux instances ont repoussé cette opposition, le Tribunal cantonal par les motifs suivants:

Considérant que l'allégué 22 tend à établir un ensemble de qualités bien précisées, dont la preuve ne saurait résulter que de témoignages.

Que cet allégué ne comprend aucune appréciation juridique ou technique.

Que l'expertise, étant la constatation ou l'appréciation technique d'un état de fait actuellement existant, ne pourrait plus porter sur un état déjà ancien et qui a pu facilement changer.

Que les qualités alléguées étaient de nature à tomber sous les sens de chacun.

Qu'enfin l'admission de ce fait n'aura nullement pour effet de trancher le procès.

Considérant que l'allégué 23 a pour but d'établir que le défendeur Duc était un bon cocher.

Que les termes de cet allégué constituent bien l'appréciation d'une succession de faits, mais que cette appréciation n'a, en l'espèce, rien de juridique ni de technique.

Que cet allégué a de l'importance en la cause.

Qu'il ne peut être prouvé autrement que par témoins.

Qu'enfin son admission par le premier juge n'aura point pour effet de trancher le sort du procès, ni de limiter l'appréciation de la cause par l'instance supérieure.

(Journal des tribunaux XLIV p. 394 ss.)

31. Canton de Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 5 mai 1896.

Preuve testimoniale contre et outre le contenu à un acte sous seing privé.

Entre P. Grosjean et J.-B. Naturel il a été convenu, le 30 mai 1894, par acte signé par les deux parties que Naturel prêtera à Grosjean la somme de fr. 10,000 afin de lui faciliter les débuts d'une fabrique d'horlogerie à Geneveys-sur-Coffrane; qu'en garantie de ce prêt, Naturel prendra une hypothèque en second rang sur la fabrique que Grosjean se propose de construire dans cette localité; que si le prêteur n'effectuera pas son prêt quand la fabrique sera terminée, il sera passible d'un versement de fr. 3000 à Grosjean. Lorsque la fabrique était bâtie, Naturel refusa de verser les fr. 10,000, en se fondant sur le moyen qu'il a consenti le prêt au vu des plans

primitifs et après avoir entendu les déclarations de Grosjean que la construction ascendait à fr. 65,000 environ, mais que ces plans ont été considérablement diminués et la construction n'a coûté en réalité que fr. 30,000 à peine. Grosjean a formé demande contre Naturel en payement de fr. 3000. Celui-ci a excipé les faits susmentionnés niés par Grosjean et offert de les prouver par preuve testimoniale. Le demandeur s'y oppose en alléguant que Naturel cherchait à prouver par témoin contre et outre le contenu à l'acte du 30 mai 1894. En réponse à cette opposition, Naturel fait valoir que l'acte de 1894 est évidemment incomplet, puisque la valeur de l'immeuble à bâtir n'y est pas déterminée; il va sans dire qu'il n'était pas indifférent à Naturel, qui s'engageait à prêter fr. 10,000 en seconde hypothèque, que la fabrique eût une valeur quelconque, de fr. 500 par exemple; il est donc nécessaire d'interpréter la clause y relative qui est par trop sommaire; ce n'est pas prouver contre le contenu d'un acte que de préciser, grâce à la preuve testimoniale, la portée et la véritable signification de clauses ambigües. — Le Tribunal a rejeté cette exception.

Motifs: Attendu que Naturel allègue qu'il ne veut pas prouver contre et outre le contenu de l'acte du 30 mai 1894, mais interpréter et préciser, au moyen de la preuve testimoniale, une clause ambigüe et par trop sommaire de l'acte;

Qu'il suffit à dire qu'il n'est pas possible, sous couleur d'interprétation d'une clause obscure, de donner à l'acte, par le moyen de la preuve testimoniale, une portée et une signification qui modifient profondément son contenu, car ce serait prouver directement contre et outre le contenu d'un acte.

Que tel serait bien le cas en l'espèce, puisqu'il s'agirait de prouver que Naturel n'était obligé à prêter la somme de fr. 10,000, que si la construction de la fabrique coûtait fr. 65,000. (Jugements du Tribunal cantonal, IV p. 220 ss.)

32. Kanton Zürich. Urteil des Kassationsgerichtes vom 22. Juni 1896.

Beweiskraft eines in einem früheren Prozesse abgegebenen Zeugnisses für einen spätern Prozess.

Eine Verpflichtung des Richters im Civilprozesse, Zeugenaussagen, die in einem früheren Prozesse gemacht wurden, hinsichtlich ihrer Beweiskraft solchen gleichzustellen, die vor ihm selbst in dem eben schwebenden Verfahren geschehen, kann nicht anerkannt werden. Jede Zeugenaussage ist ein

Produkt der Umstände, die sie begleiteten; sie kann beeinflusst sein von der Stellung der Parteien oder von deren Ziel, das in der Art der Fragestellung zum Ausdruck kommt; die Parteien können deshalb vom Richter nicht verlangen, dass er einer Zeugenaussage Glauben schenke, auf welche vielleicht fremdartige Umstände eingewirkt haben. Diese Zumutung ist im Civilprozesse um so weniger zulässig, als das Gesetz dem urteilenden Richter die Pflicht und damit auch das Recht einräumt, die Zeugeneinvernahme zu überwachen (§ 385 G. b. Rechtspfl.). Allerdings erleidet die Regel Ausnahmen, indem Einvernahmen vor der unteren Instanz auch für die obere Instanz gelten und die in einem anderen Gerichtskreise wohnenden Zeugen durch Vermittlung des Richters ihres Wohnorts einvernommen werden können. Aber auch diese Ausnahmefälle machen, wenn der Richter es für geboten hält, der Regel wieder Platz, indem sowohl der Appellationsinstanz gestattet ist, einvernommene Zeugen nochmals einzuvernehmen (§ 677 G. b. Rpfl.), als alle auswärts wohnenden Zeugen vor den urteilenden Richter geladen werden dürfen (§ 372 G. b. Rpfl.).

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XV [1896] S. 248.)

---

33. Kanton St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichts vom 10. Januar 1895.

Unfähigkeit eines Zeugen bei gleich naher Verwandtschaft mit beiden Parteien.

In der Lehre über den gemeinen ordentlichen Civilprozess ist die Frage kontrovers, ob der Zeuge, der wegen Verwandtschaft mit dem Beweisführer auf Begehren des Beweisgegners ausgeschlossen werden muss, dadurch zu einem fähigen Zeugen werde, dass er mit dem Beweisgegner selbst ebenfalls in gleichem Grade verwandt ist.

Diese Frage ist auch in der neuern Gesetzgebung und da, wo sich das Gesetz darüber nicht ausdrücklich ausspricht, in den Kommentaren und in der Gerichtspraxis teils bejahend, teils verneinend gelöst.

In der bürgerlichen Prozessordnung von Thurgau von 1867, Art. 193, heisst es:

„Wenn das Verwandtschaftsverhältnis eines angerufenen Zeu-
„gen gegenüber den beiden streitenden Parteien, und das Interesse
„desselben am Ausgange des Prozesses unter allen Umständen

„das nämliche ist, so kann die Zulässigkeit eines solchen Zeugen „keine begründete Anfechtung erleiden.“

Im Zürcherischen Rechtspflegegesetz von 1875, Art. 366, heisst es dagegen:

„Als Zeugen dürfen nicht abgehört werden: Die Verwandten „(Bluts-, Adoptiv- und Stiefverwandten) und Verschwägerten des „Beweisführers in auf- und absteigender Linie, seine Brüder und „Schwestern, sein Ehegatte, seine Schwäger und Schwägerinnen. „Wenn aber in besondern Fällen das Gericht die Abhörung solcher „Personen zur Aufklärung nötig erachtet, so können dieselben ein„vernommen und deren Aussagen mit der nötigen Vorsicht berück„sichtigt werden.“

Und im Kommentar von Dr. Streuli Note 1:

„Ein Zeuge, welcher wegen Verwandtschaft mit dem Beweis„führer ausgeschlossen werden muss, wird dadurch, dass er mit „dem Beweisgegner im gleichen Grade verwandt ist, keineswegs „zu einem fähigen Zeugen.“

Das Kantonsgericht hat sich dieser letztern Ansicht angeschlossen und einen Zeugen, der mit dem Beweisführer in einem in Art. 156 litt. a proc. civ. vorgesehenen Grade verwandt war, nicht zugelassen, wiewohl er auch mit dem Beweisgegner gleich nahe verwandt war.

Motive: Die gegenteiligen Gesetzesbestimmungen (z. B. Thurgau) scheinen auf der Annahme einer kompensationsweisen Ausgleichung des nach beiden Richtungen bestehenden Verwandtschaftsverhältnisses und der aus dem Verwandtschaftsverhältnisse abgeleiteten Befangenheit des Zeugen zu beruhen. Diese Annahme beruht indessen auf einer thatsächlich und erfahrungsgemäss nicht zutreffenden Voraussetzung und führt zu einer ungleichen Behandlung der Prozessparteien, zu einer Besserstellung des Beweisführers gegenüber dem Beweisgegner. Der erstere hat die freie Wahl, den beidseitig gleich nahe verwandten Zeugen zu produzieren oder fallen zu lassen, je nachdem er annimmt, dass der Zeuge trotz der gleich nahen Verwandtschaft ihm günstiger gesinnt sei, als dem Beweisgegner; dieser letztere dagegen muss sich den Zeugen gefallen lassen, der ihm trotz der gleich nahen Verwandtschaft ganz ungünstig gesinnt sein kann, und sieht sich, um ihn auszuschliessen, auf den schwierigen Beweis des Ausstellungsgrundes nach Art. 156 f proc. civ. verwiesen.

Eine solche kompensationsweise Ausgleichung der nach beiden Seiten waltenden verwandtschaftlichen Befangenheit

würde voraussetzen, dass die vom Gesetzgeber aus dem Verwandtschaftsverhältnis abgeleitete Befangenheit eines Zeugen zu Gunsten der mit ihm verwandten und zu Ungunsten der nichtverwandten Partei in Wirklichkeit und überhaupt in allen Fällen vorhanden und dass der Grad dieser verwandtschaftlichen Befangenheit überhaupt auch mit dem Verwandtschaftsgrade und innert dem nämlichen Grade gleichmässig gegenüber Allen desselben Grades vorhanden wäre. Dann allerdings wäre mit der gleich nahen Verwandtschaft gegenüber beiden Parteien auch der nämliche Grad der Zuverlässigkeit des Zeugen gesichert. Aber diese Voraussetzungen treffen in Wirklichkeit nicht zu, weder in den ganz nahen, noch auch unter den entferntern Verwandtschaftsgraden, wie auch innert den zur Zeugenausschliessung berechtigenden Verwandtschaftsgraden eine Befangenheit des Zeugen zu Gunsten der verwandten Partei durchaus nicht immer vorhanden ist.

Siehe hierüber auch: Deutsche Civilprozessordnung Art. 41 Ziff. 1 (Richterausstand), 336, 348 (Zeugen). Die Motive zu diesen Artikeln S. 417. Kommentar Petersen ad Art. 41 Ziffer 1. Note II 1, Note II 2, Seite 70/71, Hellmann ad Art. 41 Ziff. 1 S. 172, Note 1 ad Art. 348, Ziff. 3 S. 237. Note 2 litt. C.

(Entsch. des Kantonsgerichts des Kant. St. Gallen i. J. 1895, S. 4 f.)

34. Kanton Schaffhausen. Urteil des Obergerichts vom 14. Mai 1895.

Beeidigung der auf Requisition eines deutschen Gerichts einvernommenen Zeugen unzulässig.

Ein deutsches Gericht ersuchte das Kantonsgericht um die nachträgliche Beeidigung von Zeugen, welche das letztere bereits früher ohne Beeidigung im Auftrage desselben Gerichts einvernommen hatte. Das Kantonsgericht fragte das Obergericht an, ob es diesem Gesuch entsprechen solle, und das Obergericht verneinte es, indem es ausführte:

Die Beeidigung ist nicht von einer Partei und nicht aus dem Grunde beantragt worden, weil die Glaubwürdigkeit der in Frage stehenden Aussagen bezweifelt wurde, sondern der Richter wünscht diese Beeidigung von sich aus, weil nach der deutschen Civilprozessordnung die Zeugen überhaupt vor ihrer Aussage zu beeidigen sind. Es handelt sich also um die prinzipielle Frage, ob der Schaffhauser Richter gehalten ist, ausländischen Gerichten gegenüber in Gewährung der Rechtshilfe so weit zu gehen, dass er Zeugen beeidigt, auch

ohne dass ein berechtigter Zweifel an der Glaubwürdigkeit ihrer Aussagen besteht.

Diese Frage ist dem Obergericht schon wiederholt vorgelegen und von ihm stets verneint worden. Nach dem allgemeinen Grundsatz locus regit actum hat jede Prozesshandlung nach den Formvorschriften zu geschehen, die für das handelnde Gericht Gesetz sind; zum mindesten gilt das für alle Vorschriften, denen ein bestimmtes Prinzip zu Grunde liegt. In untergeordneten Nebendingen mag einem requirierenden Gericht entgegengekommen werden. Ein solches untergeordnetes Nebending ist aber die Beeidigung von Zeugen vor ihrer Abhörung nicht. Es handelt sich hier vielmehr um ein gar nicht unwichtiges Prinzip. Indem unser Gesetzgeber die Zeugenbeeidigung nur nach schon abgegebener Aussage und nur aus ganz besonders gewichtigen Gründen zulässt, hat er damit einen Grundsatz öffentlichen Rechtes aufgestellt, der absolute Geltung hat und den unseren Gerichten unterstehenden Personen den öffentlich-rechtlichen Anspruch erteilt, ihr Zeugnis ohne vorherige Beeidigung abzugeben. Wenn ein Angehöriger unseres Kantons trotzdem von einem hiesigen Gericht unter Abverlangen des vorangehenden Eides einvernommen werden sollte, so hätte er das Recht, dagegen als gegen eine Verletzung eines ihm zustehenden Rechts zu protestieren und wenn nötig auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses Schutz zu suchen.

(Amtsbericht des Obergerichts für 1895, S. 73 ff.)

35. Kanton Luzern. Urteil des Obergerichts vom 19. September 1895.

Schiedseid. Formulierung.

Kläger schob dem Beklagten den Schiedseid über folgenden Schwörsatz zu:

„Im vorigen Jahr hat Kläger dem Beklagten an Banknoten „und Barschaft Fr. 1656 übergeben mit dem Auftrage, das Geld „aufzubewahren und dem Kläger jeweilen davon zu geben, wenn „er Geld brauche.

Beklagter soll schwören, dass das nicht wahr sei.“ Hierauf gab Beklagter folgende Erklärung ab: „Kläger gab mir etwas Geld, aber nicht so viel; wie viel, weiss ich nicht. Das mir abgegebene Geld wurde zudem verrechnet.“

Kläger opponierte dem Schlusssatze und verlangte dessen Streichung, indem dieser Satz eine selbständige Schutz-

behauptung des Beklagten enthalte, für die Beklagter beweispflichtig sei.

Die erste Instanz gestattete den Schlusssatz, das Obergericht aber erklärte ihn als unzulässig.

Motiv: Es erscheint nicht zulässig, dass wenn der Kläger für seinen Klaganspruch zum Beweise durch Eid schreitet, dann der Beklagte zugleich mit der Leistung des ihm deferierten Eides auch eine Einrede in erster Linie beschwöre, welche von ihm selber gerade zu dem Zwecke aufgeworfen worden, um den klägerischen Anspruch zu vernichten, indem vielmehr es dem Beklagten überlassen werden muss, für diese seine Exception selbständig den Beweis, sei es durch Eidesdelation oder auf anderem Wege zu erbringen.

(Verhandl. des Obergerichts und der Justizkomm. v. J. 1895, S. 140 f.)

L'art. 674 C. O. [1]

par

VIRGILE ROSSEL, professeur à l'université de Berne.

M. le Dr. H. Wächter a publié, il y a quelques années, dans cette revue, un intéressant article sur l'art. 674 du Code fédéral des obligations. Il s'attachait tout particulièrement à déterminer la nature de la responsabilité édictée dans cette disposition légale, et à traiter des conflicts qui peuvent surgir à l'occasion des deux recours créés, l'un, par l'art. 673 au profit de la société, l'autre, par l'art. 674, en faveur des actionnaires ou des créanciers individuellement.

Il est un autre côté de la question, qui appelle également d'importantes observations. On sait combien les rédacteurs de notre Code se sont trompés, quand ils ont cru instituer un régime sévère de responsabilité dans les sociétés anonymes. A cet égard, les prescriptions de la loi belge de 1873, du Code de commerce italien, du Code de commerce allemand (modifié, dans ce domaine, par la novelle de 1884) et même de la loi française de 1867, sont d'une bien plus réelle efficacité. Je n'ai pas l'intention de discuter le régime juridique basé sur les art. 671 à 675 C. O. Je n'en voudrais retenir qu'un point spécial, qui ne laisse pas, au demeu-

[1]) *Zeitschrift für schweiz. Recht.* N. F., VIII, p. 381 et s. (un article de M. le Dr. H. Wächter, sur l'art. 674 C. O.); *Schneider & Fick,* 3me éd., p. 762; *Haberstich,* II, p. 606; *Recueil officiel des Arrêts du Trib. féd.*. vol. XIV. n° 106, mot. 6.; voir aussi notre *Manuel du droit féd. des oblig.,* p. 766; *Message du Conseil fédéral,* du 27 novembre 1879, p. 67; *Rapport de la commission du Conseil national,* de Novembre 1880, p. 33; *Rapport de la Commission du Conseil des Etats,* du 31 mai 1880, p. 24.

rant, d'offrir un intérêt évident et de solliciter l'attention du législateur.

Assurément, le Tribunal fédéral a fourni, de l'art. 674, une interprétation contre laquelle il est impossible de s'élever. Mais n'est-il pas utile d'en apporter une justification minutieuse? Et si elle échappe à toute critique fondée, n'entraîne-t-elle pas des conséquences déplorables? Et enfin, la révision de l'art. 674 ne s'impose-t-elle pas, à brève échéance, et, avec elle, le refonte complète des art. 671 et s.? C'est là, à grands traits, le thème des réflexions qui vont suivre.

L'art. 674 C. O. énonce un principe particulier à notre législation sur les sociétés anonymes, en disposant que: „Les membres de l'administration et les contrôleurs sont solidairement responsables, envers chacun des actionnaires et créanciers de la société, de tous dommages qu'ils leur ont causés *en manquant volontairement* aux devoirs que leur imposaient leurs fonctions respectives.“ Il y a lieu de remarquer, tout d'abord, que la traduction française de l'art. 674 n'a la précision ni du texte allemand, ni du texte italien: *absichtliche Verletzung, violazione volontaria.* Ces deux dernières formules impliquent autre chose qu'un „manquement volontaire,“ qu'une sorte de négligence consciente; elles expriment l'idée d'une violation intentionnelle, avec dessein de nuire, et c'est là surtout la signification de la version allemande.

Il n'est pas inutile de se rendre compte de la genèse de l'art. 674. Si nous consultons le projet du Code fédéral des obligations de 1877, nous lisons, en son art. 694a que „chaque actionnaire ou porteur de titres au porteur émis par la société peut exercer l'action prévue par les art. 693 et 693a, pour obtenir réparation du dommage qui lui a été causé,“ etc. L'art. 693, auquel se réfère ce texte nous montre que les „membres de la direction et du conseil de surveillance — administrateurs et contrôleurs dans le système actuel de la loi — qui violent *à dessein ou par une négligence grave* .... sont individuellement et solidairement responsables envers tout actionnaire ou tout créancier de la société, pour le dommage

direct ou indirect qu'ils lui ont causé." Ici, donc, la négligence grave est assimilée au dol, à une violation intentionnelle. Dans le projet de juillet 1879 (je cite, d'après l'excellente traduction française qu'en fit feu M. le Juge d'appel Juillard, en 1881), nous voyons que: „Les directeurs, les administrateurs et les membres du conseil de surveillance sont personnellement et solidairement responsables envers tout actionnaire ou créancier de la société, du dommage qu'ils lui ont causé *en manquant volontairement* aux devoirs que leur imposaient leurs fonctions" (686). C'est à peu près le texte de notre art. 674, et le texte allemand du projet parle déjà d'*absichtliche Verletzung*.

La Commission du Conseil national expliqua ceci dans son rapport de novembre 1880: „Les projets antérieurs rendaient, sous ce rapport, les organes de la société responsables de toute violation dolosive, intentionnelle ou par négligence grave, des devoirs de gestion ou de surveillance que leur imposaient leurs fonctions. Le projet actuel (celui de juillet 1879, présenté par le Conseil fédéral) restreint la responsabilité vis-à-vis des tiers à la violation intentionnelle (à dessein) de ces devoirs. La proposition de la Commission *va encore un peu plus loin* et fait dépendre l'obligation de réparer le dommage du fait que les devoirs ont été violés *sciemment*, alors même que ce ne serait pas précisément à dessein." D'où la rédaction suivante, proposée par la Commission du Conseil national: „Les membres de la direction et du Conseil d'administration ou de surveillance, de même que les reviseurs des comptes sont personnellement et solidairement responsables envers tout actionnaire ou créancier de la société, du dommage qu'ils lui ont causé *en violant sciemment* les devoirs que leur imposaient leurs fonctions."

Finalement, les Chambres ne purent se résoudre à modifier le projet du Conseil fédéral, en revenant, dans une certaine mesure, aux principes consacrés dans les projets antérieurs, notamment dans celui de 1877; elles reprirent purement et simplement le texte émanant du Conseil fédéral, écartant la négligence grave et la violation simplement

consciente, pour ne plus admettre comme source de l'action en responsabilité accordée individuellement aux actionnaires et aux créanciers, que le manquement volontaire ou plutôt, la violation intentionnelle, *l'absichtliche Verletzung* de l'art. 674.

Si nous cherchions à nous rendre un compte exact de la portée des termes employés par le législateur, nous nous convaincrions que le Code fédéral des obligations parle, à l'art. 114, de la nullité de toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait „en cas de dol ou de faute grave," — *für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit*. Dans cette espèce, on a traduit *rechtswidrige Absicht* par dol, tout en assimilant le dol à la faute grave. Il est bien certain que *l'absichtliche Verletzung* de l'art. 674 est équivalente à une *mit rechtswidriger Absicht begangene Verletzung*, car le mot *Verletzung*, appliqué à des devoirs statutaires ou légaux, embrasse l'idée de *Rechtswidrigkeit*; ou, si nous voulions restituer au texte français sa véritable signification, nous dirions que le *manquement volontaire* s'entend d'une *violation intentionnelle*, d'un *dol* pratiqué par les membres de l'administration ou du contrôle. En effet, celui qui, à dessein, se rend coupable d'inactions ou commet des actes qui constituent une violation de devoirs assumés par contrat ou imposés par la loi, agit mit *rechtswidriger Absicht*, avec dol.

A l'art. 237 du même Code, nous trouvons le mot *absichtlich*, sans autre qualificatif. Toute convention qui aurait pour but de restreindre ou de supprimer la garantie légale en matière d'éviction est nulle „si le vendeur a dissimulé *à dessein* le droit compétent au tiers," — *wenn der Käufer das Recht des Dritten absichtlich verschwiegen hat* — (cf. art. 245 *ibid.* et aussi 244, 273). Il n'est pas douteux que nous sommes, à l'art. 237, en présence d'un cas de dol, dol qui existe à raison de la seule circonstance que le vendeur a dissimulé des risques d'éviction qu'il connaissait et qu'il avait le devoir de signaler à son co-contractant. Il semble évident, d'autre part, que l'art. 674 suppose un dol des administrateurs ou contrôleurs, en ce que ces derniers, sachant qu'ils avaient l'obligation de

prendre telle initiative, de procéder à tel acte, ou de s'abstenir de tel fait, pour ne pas nuire aux intérêts dont ils avaient la garde, ont volontairement passé outre. La seule violation, même consciente, des devoirs ne suffit pas; il faut encore qu'elle s'aggrave de l'intention de créer une responsabilité effective, et, comme il n'y a pas de responsabilité civile sans dommage causé, il faut donc que l'intention soit dommageable.

L'art. 674 est, nous l'avons dit, une disposition toute particulière de notre droit fédéral. Il n'a point son équivalent en droit commercial allemand. En France (art. 44 de la loi de 1867), la responsabilité des administrateurs est proclamée envers la société ou envers les créanciers sociaux; mais, tandis que cette responsabilité, à l'égard de la société elle-même, dérive du mandat, elle se rattache, en ce qui concerne les créanciers, et il en est de même pour les actionnaires individuellement, aux art. 1382 et 1383 C. civ. franç., du moins quand ils poursuivent directement. A teneur de l'art. 674 C. O., il n'en est pas ainsi: les actionnaires et les créanciers ont bien un recours individuel (cf. art. 675), mais il ne repose pas sur les articles 50 et s., qui correspondent aux art. 1382 et 1383 C. civ. fr. On a appliqué, par analogie, dans une mesure très restreinte, les règles sur la faute contractuelle; celle-ci, en thèse générale, ne peut donner naissance à une action en dommages et intérêts qu'entre parties (soit, en l'espèce, entre la société et ses organes d'administration et de contrôle), mais, par suite d'une extension da la notion de la faute contractuelle, il est reconnu exceptionnellement, à l'art. 674, que cette faute peut conférer, sous des conditions spéciales, des droits à d'autres personnes que les parties proprement dites, c'est-à-dire aux actionnaires et aux créanciers sociaux. Ces derniers ne sont pas fondés à invoquer les principes du droit commun sur la responsabilité en vertu d'actes illicites (art. 50 et s. C. O.); en tant que demandeurs directs en responsabilités, ils sont placés sous le régime d'exception de l'art. 674, qui leur est beaucoup plus défavorable.

En conséquence, c'est une sorte de faute quasi-contractuelle qui est visée par l'art. 674, et cette faute n'entraîne

de responsabilité que si elle a été commise intentionnellement, avec la volonté au moins éventuelle de nuire, *avec dol* en un mot.

C'est aussi ce que le Tribunal fédéral a décidé, dans le fameux arrêt Soleure c. Kaiser, des 12 et 13 octobre 1888; je cite: „Le manquement „volontaire“ aux devoirs d'administration ou de contrôle ne se confond pas avec une violation consciente d'obligations légales ou statutaires, avec le fait que, par exemple, les pouvoirs conférés par la loi ou le contrat de société ont été dépassés en parfaite connaissance de cause; l'art. 674 exige, pour qu'il y ait un manquement „volontaire,“ la double conscience de la violation et de son caractère dommageable. L'administrateur ou le contrôleur recherchable à teneur de cet article, doit avoir prévu l'arrivée d'un dommage comme la conséquence de la violation de ses devoirs; sa volonté, son intention, doit avoir été de provoquer un dommage, ne fût-ce qu'éventuellement; non pas qu'il soit nécessaire que le préjudice ait été le but de la violation commise, mais il faut qu'il l'ait prévu et qu'il ait manqué à ses devoirs volontairement, malgré la conscience qu'il avait des suites dommageables de son attitude.“ L'arrêt en question parle toujours de *Handelnder* et de *Handeln*, termes que j'ai rendus par une expression plus générale dans ma traduction, mais il va de soi que le manquement peut consister aussi bien dans des inactions que dans des actes illicites, que les faits d'omission peuvent aussi bien que ceux de commission, pourvu qu'ils offrent les signes d'une violation des devoirs légaux ou statutaires, constituer un cas de responsabilité dans le sens de l'art. 674.

L'arrêt des 12 et 13 octobre 1888 est, sur le point en discussion notamment, un arrêt de principe. Il en résulte, comme il découle des considérations historiques et juridiques développées ci-dessus, que l'art. 674 C. O. signifie en définitive ceci: Les membres de l'administration et les contrôleurs sont solidairement responsables, envers chacun des actionnaires et créanciers de la société, *de tous dommages qu'ils leur ont causés, en violant à dessein et avec la conscience du caractère domma-*

geable de leurs omissions ou de leurs actes, les devoirs que leur imposent leurs fonctions.

S'il en est ainsi, et je ne pense pas qu'une autre interprétation de l'art. 674 puisse se justifier, cette disposition légale ne donne, dans la plupart des cas, qu'une garantie illusoire aux actionnaires et aux créanciers sociaux qui songeraient à exercer un recours individuel en responsabilité. Quelque soin que l'on paraisse avoir apporté à la rédaction de ce texte, et quand bien même il semble que le Conseil fédéral et les Chambres en aient mûrement pesé les termes, la prévoyance du législateur est en défaut. J'accorde que l'on puisse prétendre que le fardeau de la preuve incombe au défendeur en responsabilité, que c'est à lui d'établir qu'il n'a pas causé à dessein, par une violation de ses devoirs légaux ou statutaires, le préjudice dont la réparation lui est réclamée. Mais, outre que la loi n'institue aucune présomption, à l'art. 674, contre les membres de l'administration et du contrôle, on ne voit pas bien sur quoi reposerait une répartition des preuves si contraire aux principes généraux. Administrateurs et contrôleurs ne sont recherchables, par les actionnaires ou les créanciers individuellement, que dans des circonstances et sous des conditions nettement déterminées; le Code fédéral ne contient aucune règle exceptionnelle quant à la preuve: dès lors, ces circonstances et ces conditions qui, seules, peuvent créer un recours dans le sens de l'article précité, doivent être prouvées par celui qui les invoque.

A l'ordinaire, cette preuve sera impossible, pour autant que les membres de l'administration ou du contrôle n'auront pas agi sous l'empire de la folie, ou dans une intention non seulement dolosive, mais criminelle. Le demandeur ne parviendra pas à réunir assez d'indices concluants, pour que le juge admette, chez la partie adverse, la volonté, ne fût-ce qu'éventuelle, de causer un dommage en violant de propos délibéré les devoirs de sa charge. La négligence, l'imprudence, l'incurie, la témérité les plus coupables ne sont pas atteintes par l'art. 674; je répète que, les cas de folie et de délit exceptés, cette disposition est illusoire en pratique, et qu'elle

l'est même dans les deux cas réservés, puisque le dol est inconciliable avec la folie et que la loi pénale suffirait si elle avait été enfreinte.

Il m'était donc permis d'affirmer que la prévoyance du législateur est en défaut, à l'art. 674, comme d'ailleurs dans tout le domaine de la responsabilité des organes de la société anonyme. La meilleure solution eût été, sans contredit, de soumettre, sur ce point, administrateurs et contrôleurs aux prescriptions générales en matière de faute contractuelle et de faute aquilienne, tout en introduisant dans la loi un système de rigoureuses sanctions pénales.

Mais il importe de s'attacher encore à un autre côté de la question. L'art. 674 traite les créanciers de la même façon que les actionnaires (cfr. en outre art. 675 alin. 2). Cette assimilation n'est point justifiée et le souci du crédit public aurait dû l'écarter d'emblée. On comprend, à la rigueur, que les actionnaires, qui désignent le conseil d'administration et le contrôle, qui ont à approuver la gestion, qui peuvent, s'ils n'y renoncent point par un vote de l'assemblée générale, bénéficier, comme société, de la protection légale instituée à l'art. 673, — on comprend, à la rigueur, qu'ils ne puissent recourir individuellement contre les administrateurs et les contrôleurs que dans le cas de violation dolosive de la loi ou des statuts; et encore, les changements fréquents qui se produisent dans la personne des porteurs d'actions, la facilité ou, du moins, la possibilité de composer une assemblée générale prête à tout absoudre, et la préoccupation d'assainir les sociétés anonymes, auraient dû, semble-t-il, engager les rédacteurs de notre Code fédéral des obligations à sanctionner de la manière la plus efficace la responsabilité des organes de surveillance et d'administration. Mais combien les intérêts des créanciers, de tiers qui n'ont aucun moyen d'action sur la marche de la société, ne méritaient-ils pas, à un plus haut degré, la sollicitude du législateur?

Supposez un établissement financier constitué dans la forme d'une société anonyme. Le conseil d'administration et les commissaires-vérificateurs se rendent coupables des plus

impardonnables négligences, ils violent sciemment, sans toutefois que leur dessein de nuire puisse être prouvé, les devoirs de leur charge. Survient une débâcle. Le déficit absorbe non seulement le fonds de réserve et le capital-actions, mais, par surcroît, une partie des dépôts. L'assemblée générale, par un vote de majorité, libère de toute responsabilité les organes de la gestion et du contrôle. On peut dire à la minorité des actionnaires qu'elle doit se soumettre, quelque inadmissible que cela paraisse. Mais les créanciers, les déposants? Ils ont les mains liées. A titre individuel, ils ne peuvent invoquer que l'art. 674 C. O., et comme, en cas de faillite, la masse n'a pas plus de droits à exercer que les créanciers eux-mêmes qui la composent, administrateurs et contrôleurs sont à l'abri de tout recours.

Comment, dans ces circonstances, ne point partager la surprise et les inquiétudes d'un financier, qui nous écrivait naguère? Ce financier nous disait, en substance: „L'art. 674 crée en faveur des sociétés anonymes, ou plutôt de leurs administrations, un privilége presque monstrueux; un banquier, simple particulier, qui aurait à se reprocher la même incurie, serait tout au moins déclaré banqueroutier ... Nous sommes journellement amenés à recommander à notre clientèle des obligations de banque et de sociétés industrielles anonymes; si la responsabilité de leurs administrations, même envers les créanciers, doit être si limitée qu'elle en devient tout à fait illusoire, il nous sera impossible de recommander sans arrière-pensée des obligations de sociétés anonymes suisses, dont l'administration très intelligente et très honnête aujourd'hui, peut être modifiée demain ...“ Que répondre à ces légitimes appréhensions? Rien, sinon que l'art. 674 n'est qu'un leurre, la plupart du temps, et que seule une réforme législative peut remédier au mal signalé.

Der Entwurf zu einem Bundesgesetze über den Versicherungsvertrag.

Von Dr. F. Götzinger in Basel.

Der Entwurf zu einem Bundesgesetze über den Versicherungsvertrag, mit dessen Ausarbeitung der Bundesrat Herrn Prof. Dr. Rölli als juristischen Beamten des Versicherungsamtes beauftragt hatte, liegt nebst den Motiven fertig vor. Eine Hauptschwierigkeit für ein eidgenössisches Versicherungsgesetz lag darin, einen Weg zu finden zwischen dem Anspruch des versicherungsbedürftigen Publikums auf Schutz gegenüber den geschäftlich gewandteren und sachkundigen Gesellschaften einerseits und den technischen Anforderungen des Grossbetriebs im Versicherungsgeschäft und seinen berechtigten Interessen andererseits. Hierin die richtige Mitte eingehalten zu haben, ist ein Hauptverdienst des Entwurfes.

Die Arbeit giebt sich als ein so festgefügtes Ganzes, in dem die Teile lückenlos ineinander schliessen, sie fusst auf einer so umfassenden Belesenheit des Verfassers und bringt eine solche Fülle rein sachlicher und ausgereifter Erwägungen, dass es schwer hält, Einzelnes aus dem Zusammenhange herauszunehmen und die Motive stückweise und im Auszuge wiederzugeben. Im folgenden musste daher auf irgendwelche Vollständigkeit von vornherein verzichtet werden. Es soll lediglich über einige Grundlinien des Entwurfs orientiert werden.

I. Der Abschluss des Vertrages.

Der Versicherungsvertrag ist nach dem Entwurfe ein Konsensualkontrakt. Er kann durch die mündliche

übereinstimmende Willenserklärung der Parteien über die essentialia negotii gültig abgeschlossen werden. Worin diese letzteren bestehen, wird nicht gesagt. Die Motive (Seite 100) nennen als regelmässige wesentliche Bestandteile: die Gefahr, das Interesse, Art und Umfang der beidseitigen Leistungen und die Dauer der Versicherung. Indessen werden diese Voraussetzungen sich wieder je nach der einzelnen Versicherungsart verschieden gestalten. Der Versicherungspolice kommt vertragschliessende Kraft nicht zu, wie sich später noch zeigen wird; sie erhält diese Bedeutung nur, wenn die Parteien die schriftliche Form vorbehalten haben.

Ueber die Offerte und ihre Annahme giebt der Entwurf eine besondere, vom Obligationenrecht abweichende Norm, von dem gewiss richtigen Gedanken ausgehend, dass, wer Versicherung sucht, in der Regel ein lebhaftes Interesse daran hat, über Annahme oder Ablehnung seines Antrages bald im Klaren zu sein, damit er sich im letzteren Fall noch rechtzeitig nach einer anderen Versicherung umsehen kann. Diesem Interesse verleiht Art. 2 Schutz, indem er den Antragsteller nach Ablauf von 10 Tagen von seinem Antrage entbindet. Erfordert die Versicherung eine ärztliche Untersuchung, so wird die Frist auf 3 Wochen erstreckt. Die Frist beginnt mit der Absendung oder der Uebergabe der Offerte an den Versicherer oder dessen Agenten. Die Annahme muss vor Ablauf des zehnten Tages beim Antragsteller (nicht etwa beim Agenten, denn dieser ist Beauftragter des Versicherers) eintreffen. Da das Obligationenrecht in allen Fragen, welche der Entwurf nicht entscheidet, seine subsidiäre Geltung behält, so wird, wenn die Absendung der Antwort rechtzeitig, die Aushändigung an den Offerenten dagegen verspätet erfolgte, die Anzeigepflicht des Art. 5 l. 2 O. R. Platz greifen, wenn sich der Antragsteller nicht einer Schadenersatzklage aussetzen will; die ratio trifft hier in gleicher Weise zu.

Der Antragsteller kann natürlich die verspätete Annahme für sich gelten lassen, sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend, z. B. durch Entgegennahme der Police, Zahlung der Prämie. Der Vertragsabschluss wäre alsdann auf den Zeit-

punkt des Eintreffens der verspäteten Annahme zu datieren, nicht erst auf den Zeitpunkt in dem der Antragsteller ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen sich als gebunden erklärt.

Etwas anderes ist die Frage, welche Bedeutung einer Antwort des Oblaten zukommt, in welcher nicht die Annahme schlechthin, sondern unter anderen Bedingungen z. B. höherer Prämie, ausgesprochen wird. Hierin wird nun eine Offerte des Versicherers liegen, auf welche die Bestimmungen von Art. 5 O. R. zur Anwendung gelangen.

Noch entschiedener im Interesse des Versicherten behandelt der Entwurf die Anträge auf Verlängerung, Abänderung oder auf Wiederinkraftsetzung suspendierter Verträge (Art. 3). Hier wird geradezu die Annahme des Versicherers präsumiert, wenn nicht in „angemessener Frist“ eine Ablehnung erfolgt. Dieser kategorische Satz erscheint nicht unbedenklich. Solche Anträge werden stets da, wo die thatsächlichen Voraussetzungen (das Risiko, der Umfang des Interesse) sich geändert haben, materiell mit den Anträgen auf eine neu abzuschliessende Versicherung auf gleicher Stufe stehen, und da wird sich der Versicherer mit Grund gegen eine strengere Behandlung wehren, zumal ihn die Beschränkung auf eine angemessene Frist dem Ermessen des Richters ausliefert. Zum Mindesten wäre daher dieselbe Deliberationsfrist wie in Art. 2 einzuführen.

Eine weitere Kautel für das der Versicherung bedürfende Publikum bildet die Vorschrift (Art. 4), dass die vom Versicherer (nicht vom Agenten) ausgegebenen Antragsformulare die allgemeinen Versicherungsbedingungen enthalten müssen, um für den Antragsteller bindend zu sein. Die Antragsscheine sind nicht gesetzliches Erfordernis zum Vertragsabschluss. Da sie aber praktisch eine grosse Verbreitung besitzen, soll mit der Vorsichtsmassregel des Art. 4 dem Versicherungslustigen wenigstens Gelegenheit geboten werden, sich über die allgemeinen Bedingungen zu informieren, bevor er sich verpflichtet. Gleichzeitig wird damit auch verhütet, dass die Gesellschaften in den beigedruckten Bedingungen

nur die eine, dem Versicherten günstige Seite herauskehren und die Kehrseite unterschlagen. Und zwar sind jeweils die neuesten Bedingungen dem Antragformular beizugeben, sobald sie vorschriftsgemäss (Art. 5) im schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert worden sind. Antragscheine, welche diesen Erfordernissen nicht entsprechen, vermögen den Antragsteller nicht zu verpflichten, während sie der Gesellschaft gegenüber ihre rechtliche Wirkung unbeschränkt äussern.

Allen diesen Bestimmungen ist zwingende Kraft beigelegt. Die Art. 2 und 3 dürfen nicht durch Parteiabrede zu Ungunsten des Versicherungsnehmers oder des Forderungsberechtigten abgeändert werden; Art. 4 ist schon seiner Natur nach jus cogens.

Bis zum Moment des Vertragsschlusses muss der Antragsteller alle ihm bekannten und für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Thatsachen dem Versicherer richtig mitteilen. Darin besteht die sog. Anzeigepflicht (Art. 6). Sie umfasst unterschiedslos die sämtlichen „erheblichen" Gefahrsumstände, d. h. solche Thatsachen, die nach der Anschauung des Verkehrs geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen, einen Einfluss auszuüben (Art. 6, l. 2). Ein Kausalzusammenhang zwischen der unrichtigen Angabe und dem Eintritt des befürchteten Ereignisses, gegen welches Versicherung genommen wurde, wird nicht vorausgesetzt. Ja, es genügt schon allein die Möglichkeit, dass der Versicherer bei richtig erfüllter Anzeigepflicht sich anders entschlossen (eine höhere Prämie verlangt, Rückversicherung genommen) hätte, um diese als verletzt erscheinen zu lassen. Nicht die Erheblichkeit einer Thatsache, z. B. einer überstandenen Krankheit, an sich ist massgebend, sondern die Erheblichkeit in concreto, im Zusammenhang mit den übrigen Gefahrs-Thatsachen, mit denen sie zusammen eine andere Bedeutung gewinnen kann. Andererseits aber entscheidet nicht das subjektive Ermessen des einzelnen Versicherers, sondern die allgemeine Verkehrsanschauung darüber, ob im einzelnen Falle die Mitteilung eines Gefahrsmomentes

geeignet gewesen wäre, den Entschluss des Versicherers zu beeinflussen. Und jedenfalls müsste dem Versicherten der Gegenbeweis offen gelassen werden, dass der Versicherer auch bei vollständiger Kenntnis der Gefahr den Vertrag zu denselben Bedingungen abgeschlossen haben würde. Von besonderer Wichtigkeit sind bei der im Entwurfe getroffenen Regelung der Anzeigepflicht zwei Momente. Erstens wird es dem Antragsteller anheimgestellt, die erheblichen Gefahrsthatsachen selbst auszuwählen, und er thut dies auf seine eigene Gefahr. Dazu wird aber ein grosser Teil des versicherungsbedürftigen Publikums nicht im stande sein. Für die technische Wertung des Risiko, wie es der Versicherer vornimmt, können Umstände in Betracht fallen, denen der Laie oft keine Bedeutung beimisst, z. B. die frühere Ablehnung eines Versicherungsantrages seitens einer anderen Gesellschaft. Will man nun den Versicherten für alle Unterlassungen von Anzeigen verantwortlich machen, die „nach der Anschauung des Verkehrs," d. h. des Verkehrs im Versicherungsgeschäft, nicht nach der sachunkundigen Laienauffassung als erheblich gelten, so erscheint dies hart. Eine Remedur schafft Art. 8, aber lediglich für solche Fälle, in denen die Feststellung der Gefahrsthatsachen an Hand eines Fragebogens erfolgt. Hier genügt der Antragsteller mit der Beantwortung derjenigen Fragen, welche der Versicherer in bestimmter, unzweideutiger Fassung stellt, wobei es dann dem Versicherer unbenommen bleibt, auch an sich unerhebliche Thatsachen durch Aufnahme in den Fragebogen zu erheblichen zu stempeln. An dieser Stelle mag auch gleich die weitere Bestimmung eingeschaltet werden (Art. 11, Ziff. 2), dass, wenn der Anzeigepflichtige auf eine ihm vorgelegte Frage eine Antwort nicht erteilt und der Versicherer den Vertrag gleichwohl abgeschlossen hat, darin ein stillschweigender Verzicht auf die Beantwortung liegen soll, es sei denn, dass sich aus anderen Mitteilungen des Anzeigepflichtigen (Briefen) eine bestimmte Beantwortung jener Frage ergeben sollte.

Der zweite Punkt betrifft die Einschränkung der Anzeigepflicht auf die dem Versicherten bis zum Vertragsabschluss

bekannt gewordenen Thatsachen. Der Entwurf überbindet nämlich dem Versicherten keinerlei Informationspflicht, und dies kann zu unhaltbaren Konsequenzen führen; denn dadurch, dass er sich absichtlich in Unkenntnis erhält, wird der Antragsteller leicht geneigt sein, sich der Anzeigepflicht zu entziehen. Man denke an die Feuerversicherung, bei welcher die Nachbarschaft feuergefährlicher Stoffe und Gewerbe, frühere Brandfälle etc. die Höhe der Gefahr wesentlich mitbestimmen. Sind solche Umstände dem Antragsteller nicht bekannt, so wird er auf die Frage des Versicherers getrost mit einem Nein antworten. Dazu kommt die Schwierigkeit, ein Wissen für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses nachzuweisen. Deshalb dürfte wohl für alle Fälle, in denen der Versicherer die Fragen stellt, eine Erkundigungspflicht in dem Sinne begründet sein, dass der Antragsteller für dolose oder grob-fahrlässige Erfüllung verantwortlich wäre.

Folge der Verletzung der Anzeigepflicht ist die Unverbindlichkeit des Vertrags für den Versicherer. Sie tritt aber erst ein, wenn der Versicherer binnen Monatsfrist seit der Entdeckung den Rücktritt vom Vertrage erklärt oder eine bereits erfolgte Leistung zurückfordert (Art. 11 Ziff. 3).

Die juristische Begründung der Anzeigepflicht ist höchst kontrovers. Die Motive weisen eingehend die bisherigen Versuche zurück. Von einer Anwendung der gemeinrechtlichen Irrtumslehre kann schon deshalb keine Rede sein, weil das Nichtkennen von Gefahrsmomenten für den Versicherer immer auf einen Irrtum im Motiv hinausläuft, und weil die Anzeigepflicht an der Kenntnis oder doch jedenfalls an einer Erkundigungspflicht des Antragstellers ihre Grenze findet. Auch die Berufung auf den Charakter des Versicherungsgeschäfts als eines bonæ (uberrimæ) fidei-Geschäftes erscheint dem Verfasser unzulänglich, weil im modernen Rechte jeder Vertrag unter der Herrschaft der bona fides steht. Die eigene Begründung, welche die Motive geben, wurzelt in der technischen Grundlage des Versicherungsgeschäfts, nämlich in dem System der Risikenauswahl. Aus den Massenbeobachtungen der Statistik gewinnt der Versicherungstechniker gewisse

Wahrscheinlichkeitsgrade für das Eintreffen der einzelnen Gefahren, z. B. des Todes bei verschiedenen Personen desselben Alters. Dieses allgemeine Risiko wird sich wieder je nach der individuellen Beschaffenheit der begleitenden Umstände (des Berufs, der Gesundheit) differenzieren und als ein qualifiziertes Risiko gewertet werden, ebenfalls wieder nach der Wahrscheinlichkeit, für welche die Statistik das Mass giebt. Auf dieser Grundlage baut der Versicherer sein Geschäft auf, indem er besonders schwere Risiken gar nicht versichert oder die Ungleichheiten, die sich aus dem Verhalten der einzelnen Risiken ergeben, durch die Höhe der Prämie oder in anderer Weise ausgleicht. Diese technischen Grundlagen sind für den Versicherer unentbehrlich. Sie bilden nicht nur eine nützliche Operationsbasis, deren Beobachtung lediglich Klugheit und Geschäftsumsicht gebieten, sondern werden von Gesetzeswegen gefordert und bei Gefahrsänderung, Rückkauf, Umwandlung als bindend erklärt. Ihre Durchführung muss daher rechtlich gesichert sein, privatrechtlich namentlich durch die Sanktion der Anzeigepflicht, deren Erfüllung für die Anwendung der technischen Grundlagen die Voraussetzung bildet. Die gewollte rechtliche Wirkung des Vertrages hängt für den Versicherer von dieser Voraussetzung ab.

Wie verhält sich nun aber zu dieser Begründung die Ausgestaltung der Anzeigepflicht? Jene Konstruktion würde doch in erster Linie fordern, dass alle Verträge, bei deren Abschluss die Möglichkeit einer objektiv richtigen Schätzung des Risiko dem Versicherer gefehlt hat, für ihn unverbindlich sind. Auf das subjektive Verhalten des Versicherten, auf die Frage, ob er in gutem oder bösem Glauben gehandelt hat, dürfte nichts ankommen. Nach dem Entwurf ist aber eine Unkenntnis selbst der schwerwiegendsten Gefahrsthatsachen seitens des Versicherers absolut irrelevant, sofern nur der Versicherte ihn nicht angelogen oder etwas verschwiegen hat. Ferner müsste die Unverbindlichkeit ausgeschlossen sein, wenn objektiv feststünde, dass der Versicherer thatsächlich kein schwereres Risiko übernommen hat, als er

übernehmen wollte. Der Entwurf verlangt aber nur die Möglichkeit eines Kausalzusammenhangs zwischen der Deklaration und dem Vertragsabschluss. Hat der Antragsteller eine ungünstige Nachricht z. B. über das Schicksal eines Schiffes verschwiegen, die sich nachträglich als irrtümlich herausstellt, so ist der Vertrag gleichwohl unverbindlich (Ehrenberg, Handbuch, S. 340), eine Konsequenz, die mit obiger Konstruktion schlechterdings unvereinbar ist.

Das entscheidende Gewicht scheint man vielmehr doch auf die bona fides des Antragstellers legen zu müssen, ein Standpunkt, auf den auch Ehrenberg (S. 352) schliesslich hinauskommt, nicht in dem Sinne, dass ein Vertrag, zu dessen Abschluss der Versicherer durch Betrug verleitet wurde, anfechtbar ist (O. R. Art. 24), sondern in dem weiteren Sinne, dass dem Antragsteller die Pflicht absoluter Aufrichtigkeit auferlegt wird, da jede Unwahrhaftigkeit das Vertrauen des Versicherers in die Person des Versicherten erschüttern und den Versicherer zum Rücktritt berechtigen muss. Dieses persönliche Vertrauensverhältnis bildet überhaupt im Versicherungsvertrage ein wichtiges Moment; von ihm werden die Rechte und Pflichten der Parteien wesentlich beherrscht. Dem steht nicht entgegen, dass die Folgen der Verletzung der Anzeigepflicht nicht eintreten, wenn der Versicherer die verschwiegene oder unrichtig angegebene Thatsache rechtzeitig gekannt hat (Art. 11 Ziff. 1); denn er hat sich dann bewusst mit einem unzuverlässigen Kontrahenten eingelassen und konnte die Folgen vor Abschluss des Vertrages erwägen.

Alle Bestimmungen über die Verletzung der Anzeigepflicht erklärt der Entwurf als dispositiver Natur. Auch die Folge der Unverbindlichkeit kann vertraglich abgeändert, milder oder schärfer festgesetzt werden. Zwingend sind dagegen die Folgen, welche in Bezug auf die bereits gemachten Leistungen des Versicherten eintreten; sie dürfen nicht zu Ungunsten des Letzteren abgeändert werden. Die bezahlten Prämien bleiben dem Versicherer verfallen, und er hat Anspruch auf Prämienzahlung bis zum Moment der Entdeckung der Anzeigepflicht, wobei eine angebrochene Ver-

sicherungsperiode für voll gerechnet wird. In der Begründung wird sowohl der Standpunkt des Schadenersatzes als der der Strafe abgelehnt; die verfallenen und noch zu zahlenden Beiträge sollen vielmehr das Entgelt für das getragene Risiko bilden, da der Vertrag seine rechtlichen Wirkungen erzeugt habe bis zu dem Moment, wo die Beschränkung der Willenserklärung des Versicherers zur Geltung gelangen kann. Das erscheint nicht recht verständlich, denn der Vertrag war ja von Anfang an unverbindlich; wäre das befürchtete Ereignis vor der Entdeckung der Verletzung der Anzeigepflicht eingetroffen und der Schaden dem Versicherten ersetzt worden, so stünde dem Versicherer ein Rückforderungsrecht zu, er hat also thatsächlich für dieses Geschäft kein Risiko getragen. — Für die Lebensversicherungen gelten die besonderen Bestimmungen über Rückkauf und Umwandlung mit gewissen Modifikationen.

II. Die Wirkungen des Vertrages.

Der Versicherer hat dem Versicherungsnehmer eine von ihm unterschriebene Urkunde (Police) über die Rechte und Pflichten der Parteien, sowie auf Verlangen eine Abschrift der in den Antragspapieren enthaltenen oder anderweitig abgegebenen Erklärungen des Antragstellers, auf Grund deren die Versicherung abgeschlossen wurde, auszuhändigen (Art. 13). Die rechtliche Qualität der Police ist damit klargestellt. Ihre Ausfertigung bedeutet nicht die Vollendung des Vertragsabschlusses. Sie ist eine einseitig vom Versicherer unterschriebene und gegen ihn Beweis leistende Beurkundung des Vertragsinhalts, deren Aushändigung für den Versicherer zur Erfüllung einer Vertragspflicht wird. Die Bestimmung, welcher übrigens nur dispositiver Charakter innewohnt, ist praktischen Erwägungen entsprungen. Wie die Motive zutreffend ausführen, besitzt der Versicherungsnehmer ein Interesse daran, die Rechte und Pflichten der Parteien erschöpfend und authentisch kennen zu lernen, namentlich da sich neuestens die Praxis gebildet hat, den Vertragsinhalt durch Be-

rufung auf die allgemeinen Bedingungen, Statuten und Reglemente festzusetzen. Eine Prüfung der gesamten komplizierten Rechtsverhältnisse ist ferner dem Versicherten nur möglich, wenn er auch den Inhalt seiner Antragserklärungen kennt. Endlich wird damit auch eine Kontrolle der eigenen Angaben, wenn das Deklarationsformular vom Agenten oder vom Arzt ausgefüllt wurde, ermöglicht. Die Aushändigung der Police kann offenbar auch dann verlangt werden, wenn die Parteien die Giltigkeit des Vertrags von der Beobachtung der Schriftform abhängig gemacht haben, falls die Perfektionsurkunde nicht schon die Bedingungen in extenso enthält.

Das Korrelat der Pflicht zur Aushändigung der Police finden wir im folgenden Artikel (14), nach welchem die vorbehaltlose Entgegennahme der Police (oder von Nachträgen) eine Präsumtion für das Einverständnis mit dem Inhalte derselben begründet. Auch diese Bestimmung dient der Zweckmässigkeit. Der Versicherer soll nicht mit verspäteten Reklamationen behelligt werden. Behält der Versicherungsnehmer die Police, ohne binnen Monatsfrist ihre Berichtigung zu verlangen, so verdichtet sich die Präsumtion zur Fiktion, und der Vertragsinhalt bleibt, unabänderlich für Versicherungsnehmer, festgestellt, vielleicht im Widerspruch mit den bei Abschluss des Vertrags vereinbarten Bedingungen. Die Anfechtung der unrichtig abgefassten Police wird durch eine Feststellungsklage erfolgen müssen; die Motive reden von einer Anfechtung wegen Irrtums nach O. R. Art. 18, was aber schwerlich zutreffen wird, da ja die Verbindlichkeit des Vertrages selbst vom Inhalt der Police unabhängig ist. Die Kompliziertheit ihres Inhaltes und ihre faktische Unentbehrlichkeit für den Rechtsverkehr (Abtretung, Verpfändung) rechtfertigen auch, wie die Motive überzeugend darthun, die Einführung der Amortisation der abhanden gekommenen Police, wobei die für die Wechselamortisation geltenden Vorschriften entsprechend zur Anwendung gelangen. Dieser Satz (Art. 16) beansprucht absolut zwingende Kraft, ebenso wie das in Art. 15 niedergelegte Verbot reiner Ordre- und Inhaberpolicen. Die Police ist nach dem Entwurf schlichte Beweis-

urkunde. Als Ordrepapier im Sinne von Art. 843 O. R. kann sie schon darum nicht gedacht werden, weil die Verpflichtung des Versicherers bestimmter Verfallzeit und (ausser in der Lebensversicherung) auch der fixen Summe ermangelt, ganz abgesehen von dem engen Verhältnis, in dem die Person des Versicherungsnehmers zum Versicherer steht und den materiellen, nicht aus der Urkunde hervorgehenden Einreden, welche dem Indossatar entgegenstehen. Das Verbot der Ordrepolice soll aber auch der Tendenz gesteigerter Cirkulationsfähigkeit der Lebensversicherung entgegentreten; denn diese fördert keineswegs den Zweck der Lebensversicherung, der Sorge für die Familie; und wie die Versicherung fremder Leben überhaupt aus Gründen des öffentlichen Rechtes und der Moral möglichst einzuschränken ist, so auch die Begebung durch einfaches Indossament.

Ebensowenig vermag die herkömmliche Inhaberklausel die Police zu einem echten Inhaberpapier zu machen, denn sie ermächtigt den Versicherer, an den Inhaber zu zahlen, verpflichtet ihn aber nicht dazu. Die Inhaberklausel ganz zu untersagen, was die Konsequenz der vorigen Ausführungen wäre, verbietet der umfangreiche Geschäftsbetrieb des Versicherers, dem so wenig wie dem Pfandleiher oder der Sparkasse eine eingehende Prüfung der Legitimation des Inhabers zugemutet werden darf. Die Police auf den Inhaber ist daher nur als sog. Legitimationspapier zu Gunsten des Versicherers zulässig (Art. 15, l. 2).

Das Versicherungsrecht unterscheidet zwischen der Vollendung des Vertrags, dem Eintritt des Versicherers und der Verbindlichkeit der Versicherung. Der Eintritt, d. h. die Haftung des Versicherers, beginnt nach der Praxis gewöhnlich erst mit der Zahlung der ersten Prämie. Nach dem Entwurf fällt der Eintritt mit der Vollendung zusammen. Abweichende Vertragsabreden sind jedoch vorbehalten, und für diese Fälle schafft der Entwurf dem Versicherten eine schützende Klausel. Wird nämlich die Police vor Bezahlung der fälligen Prämie ausgehändigt, so gilt die Prämie „als gestundet“ (Art. 23, l. 2). Diese Klausel kann vertraglich

nicht wegbedungen werden. Sie will offenbar die Wirkung erreichen, dass der Versicherer haftet, auch wenn die fällige Prämie bei Aushändigung der Police nicht bezahlt wurde. Denn wenn der Versicherer die Prämie stundet, so verzichtet er damit auf die sog. Einlösung der Police, d. h. auf Zahlung Zug um Zug. Immerhin dürfte diese Wirkung noch deutlicher zum Ausdruck gelangen. Unklar bleibt es auch, bis wann die Stundung gilt, und ob der Versicherer nun nach Art. 24 eine Frist ansetzen kann, unter Androhung der schweren Verzugsfolgen. Die Bestimmung ladet dem Agenten eine schwere Verantwortlichkeit auf; denn nach dem Wortlaut kommt es nicht darauf an, ob die Aushändigung mit oder gegen den Willen des Versicherers stattgefunden hat.

Die Versicherungspraxis knüpft allgemein besonders scharfe Folgen an die Versäumnis in der Prämienzahlung, da die pünktliche Einhaltung der Zahlungstermine für den Grossbetrieb des Versicherungsgeschäftes unumgänglich notwendig ist. Der Entwurf sieht sich deshalb auch hier veranlasst, den Versicherten mit schützenden Kautelen zu umgeben, indem er eine gesetzliche, unabänderliche Mahnpflicht des Versicherers einführt. Wenn der Vertrag nichts anderes bestimmt, so ist die Prämie für die erste Versicherungsperiode mit dem Abschluss des Vertrages fällig (Art. 23, l. 1). Die folgenden Prämien sind im Zweifel jeweilen mit Beginn einer neuen Versicherungsperiode fällig. Unter Versicherungsperiode wird der Zeitabschnitt, nach dem die Prämieneinheit berechnet wird, verstanden (l. 3 und 4). Wird die Prämie zur Verfallzeit oder während der im Vertrage eingeräumten Nachfrist (Respektfrist) nicht entrichtet, so wird der Versicherte durch eine schriftliche Mahnung, deren Erlass vom Versicherer nachzuweisen ist und in welcher die Säumnisfolgen ausdrücklich angedroht werden müssen, in Verzug gesetzt. Im Interesse der Aufrechterhaltung der Versicherung schreibt der Entwurf vor, dass den Erwerbern und Pfandgläubigern des Versicherungsanspruchs von der erlassenen Zahlungsaufforderung Kenntnis zu geben sei, aber nur, sofern die Uebertragung oder Verpfändung, gleichviel ob

vom ursprünglichen oder vom neuen Berechtigten, der Gesellschaft angezeigt war. Erfolgt von keiner Seite Zahlung binnen 10 Tagen seit Absendung der Mahnung, so ist der Versicherer seiner Verpflichtung aus dem Vertrage enthoben. Tritt aber während der Nach- oder Mahnfrist das befürchtete Ereignis ein, so bleibt der Versicherer verhaftet (anders Ehrenberg S. 388 und französische Urteile), eine Konsequenz, welche den Versicherten leicht verleiten wird, bei herannahender Gefahr mit der Prämienzahlung zuzuwarten. Die Unverbindlichkeit des Vertrages, welche von selbst nach Ablauf der Mahnfrist eintritt, hat natürlich zur Folge, dass der Versicherer den Rücktritt erklären kann. Dass er in diesem Falle die rückständige Prämie nicht mehr soll einfordern können, wie sich aus Art. 25 zu ergeben scheint, stimmt mit dem früher aufgestellten Grundsatz, dass dem Versicherer für getragenes Risiko das Entgelt gehöre, nicht überein, umso weniger als hier nun wirklich vom Verfall bis zur Unverbindlichkeit der Versicherer für einen allfälligen Schaden haftet. Dem Versicherer steht es aber auch frei, durch Einforderung der rückständigen Prämie den Schuldner zur Erfüllung anzuhalten. Er muss dies jedoch innert vier Wochen nach Eintritt der Unverbindlichkeit thun, sonst geht er des Rechtes verlustig — eine zwingende Vorschrift, wobei wiederum massgebend war das Interesse des Versicherten, welcher wissen will, ob die Versicherung für ihn endgiltig verloren ist. Wird die Prämie vom Versicherten „eingefordert“ (d. h. bezahlt, auf Rechtstrieb hin) oder nachträglich angenommen, so leben die Rechte des Versicherten mit dem Moment der Zahlung wieder auf. Wie aber, wenn die Versicherungsgesellschaft es unterlassen hat, den dritten Berechtigten von der Mahnung zu avisieren? Kann der Dritte selbständig durch nachträgliche Zahlung jederzeit die Versicherung wieder zur Wirksamkeit bringen, oder bleibt ihm nur das Recht auf Schadenersatz? Und wie ist zu entscheiden, wenn sein Interesse (z. B. die pfandgesicherte Forderung) geringer ist als der inzwischen eingetretene Schaden? In diesen Fällen wird man dem Dritten die nachträgliche Er-

füllung nicht verwehren können, und von dem Wiederaufleben der Versicherung wird daher auch der säumige Versicherungsnehmer unverdienter Weise benefizieren.

Andere Verzugsfolgen, also Verzugszinsen und die Entschädigung des Art. 121 O. R. kennt der Entwurf nicht, und die Motive lehnen sie ausdrücklich ab; sie können aber zweifellos vereinbart werden.

Besondere Beachtung verdienen endlich die relativ (d. h. zu Gunsten des Versicherungsnehmers oder Berechtigten) zwingenden Sätze, welche der Art. 26 über den Ort der Prämienzahlung enthält. Hat der Versicherer in der Schweiz weder Sitz noch besondere Zahlstelle, so kann am schweizerischen Hauptdomizil des Versicherers gezahlt werden. Wurde kein solches verzeigt, so gilt das eigene Domizil des Schuldners als Erfüllungsort, er kann sich also durch Deposition liberieren. Hat der Versicherer, ohne hiezu verpflichtet zu sein, die Prämie regelmässig beim Versicherungsnehmer einkassieren lassen, so ist, so lange diese Uebung vom Versicherer nicht ausdrücklich widerrufen wird, die Prämie beim Schuldner abzuholen.

Die Wirkungen des Vertrages können in hohem Grade beeinflusst werden durch die sog. Gefahrsänderungen. Wir folgen hierüber dem Gedankengang der Motive. Die Anzeigepflicht dient zur Wertung des Risiko, welche der Versicherer beim Vertragsabschluss für die ganze Dauer des Vertrags vornimmt. Nun sind aber naturgemäss die Gefahrsthatsachen wandelbar; sie können sich verändern oder in ihrer endgiltigen Entscheidung überhaupt erst von der Zukunft abhängen (Beschäftigung des Versicherten — Nachbarschaft eines Hauses). Die Gefahrsübernahme wird nun nicht, wie vorherrschend Theorie und Praxis lehren, durch die Deklarationen des Versicherten in ihrem Umfange festgestellt, sie kann nur auf Grund besonderer Vertragsvoraussetzungen auf einen bestimmten Kreis beschränkt werden. Eine Gefahrsänderung im technischen Sinn vermögen nur solche Thatsachen herbeizuführen, die der Wertung der Gefahr zu Grunde gelegen haben, und unter ihnen wiederum nur diejenigen,

„hinsichtlich deren ein bestimmtes Verhalten für die Dauer der Versicherung vertraglich vorausgesetzt ist." Würde jede an sich erhebliche Gefahrsänderung den Versicherer der Haftung entbinden, so wäre der Zweck der Versicherung, den Einzelnen gegen die natürlichen Folgen der im Leben unentbehrlichen Aktionsfreiheit zu sichern, verfehlt und die Hauptaufgabe der Versicherungstechnik missachtet. Darum soll nur solchen Aenderungen rechtliche Bedeutung zukommen, die im Vertrage „ausdrücklich und speziell" aufgeführt sind.

Man wird dieser Normierung beistimmen können, wenn nicht ihrer praktischen Ausführung Schwierigkeiten sich entgegenstellen. Aber wie soll es möglich sein, im Vertrage alle jene unzähligen Eventualitäten aufzuführen, welche der stetige Wechsel der Lebens- und Rechtsverhältnisse mit sich bringt? Die reichhaltigste Kasuistik wird niemals alle Zufälligkeiten umfassen können; denn die Veränderungen in Bezug auf die Umgebung, den Gebrauch, den Zustand feuerversicherter Objekte, oder hinsichtlich der Lebensweise eines Versicherten lassen sich unmöglich auch nur nach grossen Kategorien erschöpfend voraussagen, es bedürfte stets noch einer generalis clausula. Es ist wiederholt vorgekommen, dass eine Gesellschaft den Uebergang eines Versicherten von der gewöhnlichen Nahrung zum vegetarischen Regime oder den Gebrauch einer Bantingkur als erhebliche Gefahrsänderung erklärt hat, und ein englischer Oberrichter hat deshalb den Lebensversicherungs-Gesellschaften den Rat erteilt, die Frage, ob der Versicherte Vegetarianer sei, in den Fragebogen aufzunehmen. Und gerade die spezielle Aufzählung würde zudem zu endlosen Streitigkeiten führen.

Im Einzelnen disponiert der Entwurf in relativ zwingender Weise in Art. 30 und 31 verschieden, je nachdem die Gefahrsänderung durch den Versicherungsnehmer oder ohne sein Zuthun herbeigeführt wurde. Im ersteren Falle tritt Unverbindlichkeit für den Versicherer ein; dieser kann zurücktreten, der Anspruch auf die Prämie verbleibt ihm bis zum Moment seiner Kenntnis von der Veränderung. Im letzteren Fall kann der Versicherungsnehmer durch unverzügliche Mit-

teilung die Folge der Unverbindlichkeit hinausschieben, sofern im Vertrag dem Versicherer ein Rücktrittsrecht eingeräumt wurde; die Haftung des Versicherers erlischt alsdann erst mit dem Ablaufe von 14 Tagen nach der Rücktrittserklärung — eine Lösung, welche die billige Rücksichtnahme auf das Versicherungsbedürfnis des Versicherten rechtfertigt. In allen Fällen aber ist der Versicherer verpflichtet, binnen 10 Tagen den Rücktritt anzuzeigen, sonst wird angenommen, er verzichte stillschweigend darauf, die Unverbindlichkeit geltend zu machen. Die Wirkungen der Gefahrsänderung treten ferner nicht ein, wenn sie nur vorübergehend war (feuergefährliche Manipulationen) und der frühere Zustand vor Eintritt des befürchteten Ereignisses wieder hergestellt ist, sowie dann, wenn sie im Interesse des Versicherers vorgenommen oder durch ein Gebot der Menschlichkeit veranlasst wurde. Diese Ausnahmen (Art. 33) werden nicht ausdrücklich für den Versicherer bindend erklärt, sollen es aber offenbar sein, schon ihrer Natur nach und weil sie eine Ergänzung der zwingenden Art. 30 und 31 bilden.

Eine letzte Anzeigepflicht statuiert der Entwurf nach dem Eintritt des befürchteten Ereignisses. Hier wird der Forderungsberechtigte, als alleiniger Interessent, verpflichtet, den Versicherer unverzüglich zu benachrichtigen, sobald er selbst von dem Ereignis und von seinem Anspruche Kenntnis erhalten hat (Art. 39), bei Gefahr des Schadenersatzes, d. h. einer entsprechenden Kürzung der Entschädigung. Wurde die sofortige Benachrichtigung in der Absicht unterlassen, den Versicherer an der rechtzeitigen Feststellung der Schadensumstände zu verhindern, so wird der Versicherer frei; er hat die Prämien wie in Art. 9 zurückzuerstatten.

Eine ungleich folgenschwerere Pflicht erwächst aber nach dem Eintritt des Schadens dem Forderungsberechtigten (dem Versicherten im Gegensatz zum Versicherungsnehmer bei der Versicherung auf fremde Rechnung, dem Destinatär bei der Versicherung zu Gunsten Dritter) in der Forderungsbegründung. Er hat seinen Anspruch schriftlich in der Weise

zu begründen, dass der Versicherer sich von der Richtigkeit derselben überzeugen kann. Dem fügt der Entwurf bei, dass der Vertrag zweierlei verfügen könne: einmal, dass die Begründung innert bestimmter, angemessener Frist erfolgen müsse, und dann, dass bestimmte Belege, deren Beschaffung dem Forderungsberechtigten ohne erhebliche Kosten möglich ist, beizubringen seien. Den beiden letzteren Sätzen wird wohl ihrer Natur nach zwingende Kraft innewohnen.

Ausserdem ist der Ansprecher zu jeder weiteren nötigen Auskunft verpflichtet, und er hat sein Recht verwirkt, wenn er oder sein Vertreter bei seinen Angaben dolos verfährt (Art. 40).

Der Forderungsbegründung kommt nicht prozessualische, sondern materiellrechtliche Bedeutung zu. Von der rechtzeitigen und substanziierten Begründung hängt der ganze Versicherungsanspruch ab. Dazu gehört die Mitteilung des Ereignisses selbst, der Art und Höhe des Schadens, des Kausalnexus; es ist ferner das Interesse des Ansprechers zu begründen, der Schaden zu detaillieren, eventuell durch Vorlegung von Büchern u. s. w. Im Streitfalle hat der Richter nicht über die Berechtigung des Anspruches an sich zu entscheiden, sondern lediglich darüber, ob er in nützlicher Frist in einer für den Versicherer überzeugenden Weise begründet wurde. Ein rigoroser Kontrahent wird also noch in diesem letzten Stadium der Versicherung mit Leichtigkeit den Versicherten um sein gutes Recht prellen können, und es wäre wohl nicht zu weit gegangen, wenn die schneidende Schärfe dieser Bestimmungen insoweit gemildert würde, dass der Verlust des Anspruchs nicht schon an jeden Vergess oder Irrtum bei der Begründung, sondern erst daran geknüpft würde, dass auf Aufforderung des Versicherers hin die fehlenden Angaben nicht oder unrichtig gemacht werden; der Versicherer ist am ehesten in der Lage, die einzelnen Erfordernisse der Forderungsbegründung festzustellen. Dass bei unredlichem Verhalten jeder Anspruch verloren ist, wird man nicht beanstanden können.

Eine Erleichterung schafft immerhin der Art. 44, der darum an dieser Stelle seinen Platz finden mag. Danach

gilt für den Versicherungsvertrag im Allgemeinen der Satz, dass die Versäumung einer Frist entschuldigt ist, wenn der Berechtigte durch unverschuldete Hindernisse abgehalten wurde, eine Frist, an deren Einhaltung der Bestand eines Rechtes aus der Versicherung geknüpft ist, innezuhalten, und wenn er das Versäumte ohne Verzug nachholt.

Die ausserordentlich bestrittene Frage, ob der Versicherer nur für den Schaden eines zufällig eingetretenen Ereignisses oder auch für den vom Versicherten fahrlässigerweise selbst verursachten Schaden hafte, beantwortet der Entwurf dahin, dass der Vertrag nur dann für den Versicherer unverbindlich wird, wenn der Versicherungsnehmer oder der Interessent aus der Versicherung das Schadensereignis grob fahrlässig herbeigeführt hat. Die Motive begründen diesen Satz eingehend und sehr zutreffend durch den Hinweis auf den Zweck der Versicherung als einer Sicherung der wirtschaftlichen Existenz, auf die vielseitigen Anforderungen, welche namentlich die modernen Wirtschaftsverhältnisse an die menschliche Thätigkeit stellen und es oft unmöglich machen, „diejenige Vorsicht walten zu lassen, die aus ruhiger Ueberlegung resultieren würde.“ Dazu kommen die erhöhten Gefahren, welche die heutigen industriellen Erzeugnisse und Einrichtungen bergen. Es darf deshalb die für das Leben unentbehrliche Bewegungsfreiheit nicht angetastet werden. „Man kann von ihm (dem Versicherten) nicht verlangen, dass er auf Schritt und Tritt den Versicherungsvertrag vor Augen habe und mit ängstlicher Sorgfalt sein Verhalten nach gegebenen, strengen Vertragspflichten einrichte.“ Im weiteren macht der Artikel den Berechtigten für das Verschulden von Personen, für die er civilrechtlich verantwortlich ist, haftbar. Folge der groben Fahrlässigkeit ist immer die Unverbindlichkeit mit dem Recht auf Gegenleistung gemäss Art. 9. Die ganze Bestimmung hat nur dispositiven Wert. Sie kann verschärft oder gemildert werden dadurch, dass der Versicherer eine Haftung nur für Zufall oder auch für dolus übernimmt.

Die Forderungen aus dem Versicherungsvertrage verjähren in zwei Jahren nach Eintritt der Thatsache, welche

die Leistungspflicht begründet. Die Notwendigkeit für den Versicherer, in nicht allzu langer Zeit Gewissheit über den Stand seiner Geschäfte zu haben, und die Gefahr einer Verschleierung des Thatbestandes nach längerer Zeit rechtfertigen die kurze Frist.

Genau zu beachten ist der Beginn der Verjährung bei den Ansprüchen gegen den Versicherten auf Zahlung der Versicherungssumme. Hiefür ist nicht etwa die Kenntnis des Berechtigten von dem schadenstiftenden Ereignis massgebend, auch nicht das Datum der Fälligkeit, sondern das Ereignis selbst, welches die Zahlungspflicht begründet. Dabei sind Schwierigkeiten nicht ausgeschlossen, wenn, z. B. in der Lebensversicherung, der Versicherte verschollen ist und sein Tod, welcher die Verpflichtung der Gesellschaft begründet, erst lange Jahre nachher bekannt und sicher feststellbar wird. Für diese Fälle kann Art. 44 nicht helfen, denn dieser hat offenbar nur die Befristung von Ansprüchen im Auge, und eine Restitution gegen die Folgen der Verjährung giebt es weder im Entwurfe noch im Obligationenrecht. Vertragsabreden, welche den Anspruch gegen den Versicherer einer zeitlich kürzeren Beschränkung unterwerfen, sind unzulässig. Die zweijährige Verjährung kann also für die Prämienforderungen vertraglich abgekürzt werden, nicht aber für Ansprüche auf Zahlung der Versicherungssumme. Hievon macht nur der schon erwähnte Art. 40 eine Ausnahme, welcher dem Versicherer gestattet, die Forderungsbegründung innert angemessener, aber genau bestimmter Frist zu fordern.

Die beständige Entwicklung des Versicherungsgewerbes führt die Gesellschaften häufig zu einer Revision der allgemeinen Bedingungen, und es entsteht nun die Frage, ob von den neuen Bedingungen auch die früher abgeschlossenen Verträge profitieren. Erfolgt die (vorgeschriebene) Publikation vorbehaltlos, so gelten sie mit diesem Zeitpunkt ohne weiteres auch für die alten Versicherungen; einer Annahmeerklärung der Versicherten bedarf es nicht. Enthält die Publikation einen Vorbehalt im Sinne einer Beschränkung auf neu abzuschliessende Verträge, so kann dennoch die An-

wendung der neuen Bedingungen verlangt werden gegen Bezahlung einer allfällig höheren Prämie des neuen Tarifs. Dieser Bestimmung ist keine zwingende Kraft beigelegt; der Versicherer hat es daher in der Hand, schon beim Vertragsabschluss ihre Wirkung auszuschliessen.

III. Die Agenten.

Die häufig unklare Stellung des Agenten wird in den Motiven scharf und richtig markiert. Der Agent steht nicht auf derselben Stufe wie der in einem fremden Geschäft angestellte Handlungsdiener, für den der Prinzipal volle Verantwortlichkeit trägt. Er ist aber auch nicht bloss ein Makler, der von beiden Parteien gleich unabhängig, dessen Thätigkeit mit der Vermittlung des einzelnen Geschäfts erledigt ist, und für den der Versicherer gar keine Verantwortlichkeit übernehmen würde. Sondern er ist ständiger Beauftragter des Versicherers, und er vermittelt nicht nur den Geschäftsabschluss, sondern den ganzen Verkehr während der Dauer der Versicherung. Er wird für die ganze Dauer seiner Anstellung aus eigener Initiative thätig; er gehört nicht zum Personal der Gesellschaft. Für den Gesetzentwurf wird seine Person insofern bedeutsam, als sich fragt: wie weit ist der Versicherer für Handlungen seines Agenten verantwortlich, bis zu welcher Grenze binden sie ihn, und wie weit kann sich daher das Publikum mit dem Agenten einlassen? Alles Uebrige, der Inhalt des Agenturvertrages und das Verhältnis des Agenten zum Versicherten, von dem er einen Auftrag zur Besorgung gewisser Vertragshandlungen erhalten hat, gehören nicht hieher.

Der Entwurf stellt nun eine gesetzliche Vermutung für die Befugnisse des Agenten nur soweit auf, als diesem bestimmte Verrichtungen ausdrücklich übertragen worden sind. Der Agent gilt, sagt der Art. 35, dem Versicherungsnehmer gegenüber als ermächtigt, alle diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche die Ausführung der ihm übertragenen Verrichtungen mit sich bringt. Ausserdem wirken alle Handlungen des Agenten für den Versicherer verbindlich, welche

er kraft besonderer Ermächtigung vornimmt oder mit stillschweigender Billigung vorzunehmen pflegt. Gesetzliche Vollmachtselemente werden also nur soweit vermutet, als dem Agenten einzelne Ressorts des Geschäfts zur Besorgung übertragen sind. Der Versicherer muss also, wenn er dem Agenten die bindende Auslegung schwer verständlicher oder unklarer Bedingungen überträgt, auch gegen sich gelten lassen, wenn der Agent eine erhebliche Thatsache für unerheblich erklärt. Oder wenn der Agent (wie in der Feuer- und Hagelversicherung) zum Abschluss von Verträgen ermächtigt ist, so kann die Gesellschaft nicht entgegenhalten, dass sie sich die Versicherung besonders gefährlicher Risiken vorbehalten habe. Der Agent, welcher den Prämieninkasso zu besorgen hat, wird eine für den Versicherer bindende Quittung ausstellen können, auch wenn dies bei der Uebertragung des Inkasso ausdrücklich ausgenommen war. Zum Schutze des Versicherungsnehmers sind diese Normen mit relativ zwingender Kraft ausgestattet.

Diese Lösung scheint nun aber deshalb nicht zu befriedigen, weil dem Publikum die Kenntnis des inneren Verhältnisses zwischen Versicherer und Agent völlig fehlt. Woher soll es wissen, welche Funktionen im einzelnen Falle dem einzelnen Agenten übertragen sind? Der Versicherer wird den Agenten machen lassen, und hernach, wenn dieser einmal seine Befugnisse zum Schaden des Versicherers ausgeübt hat, eine Uebertragung derselben in Abrede stellen. Dann ist es Sache des Versicherungsnehmers, das Gegenteil nachzuweisen. Dieser vermag einzig aus der stillschweigenden Billigung einzelner Akte des Agenten auf eine Uebertragung von Funktionen mit Sicherheit zu schliessen. Im Uebrigen aber ist er schutzlos, und zwar noch in höherem Grade, als wenn Art. 35 nicht bestünde; denn dann würde sich der Versicherungsnehmer auf die allgemeinen Grundsätze des Versicherungsrechts berufen können, welche für ihn günstiger lauten. Eine einzige feste Handhabe gewährt lemma 3, welches bestimmt, dass der Agent unter allen Umständen zur Abänderung der allgemeinen Bedingungen einer besondern Vollmacht bedürfe.

IV. Spezielle Bestimmungen.

a) Versicherung für fremde Rechnung und zu Gunsten Dritter.

Die Versicherung für fremde Rechnung präzisiert der Entwurf deutlich und im Gegensatz zu der oft damit zusammengeworfenen Versicherung zu Gunsten Dritter. Versichert wird das Interesse eines Dritten, nicht das eigene Interesse, das ich daran habe, dass an einen Dritten geleistet werde. Der Versicherungsnehmer ist nicht etwa Stellvertreter des Versicherten, so dass dieser direkt Vertragspartei würde, sondern er will seinen Namen und seinen Kredit einsetzen (Ehrenberg S. 189); an ihn soll sich der Versicherer halten, weil der wahre Interessent unbestimmt oder unbekannt oder nicht kreditwürdig ist, oder weil er der Versicherung noch nicht zugestimmt hat. Auch das Kommissionsverhältnis darf nicht pure zur Konstruktion herangezogen werden; denn der Versicherungsnehmer wird aus dem Vertrage wohl verpflichtet, nicht aber berechtigt; für die Rechte aus dem Vertrag ist er Stellvertreter, der Dritte Vertragspartei, ohne Cession. Diese Versicherung für fremde Rechnung findet sich ausserordentlich häufig. Sie wurde der Seeversicherung entlehnt und hat sich in der Feuer- und Transportversicherung und neuerdings auch in der Kollektivunfallversicherung eingebürgert. Die Spediteure, Lagerhäuser, Kürschner und Goldschmiede u. a. bedürfen ihrer für die Güter, die sie für ihre Kunden beherbergen. Die einzelnen Sätze des Entwurfs begründen sich von selbst.

Art. 19 besagt, dass ein solcher Vertrag auch dann den Versicherten bindet, wenn ihn der Dritte erst nach dem Eintritt des Ereignisses genehmigt. Einer Beiziehung des Dritten beim Vertragsschluss bedarf es nicht (Art. 18). Der Versicherungsnehmer darf nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Dritten den Ersatzanspruch geltend machen, ausser wenn der Vertrag überhaupt aus Auftrag oder auf Grund einer gesetzlichen Pflicht abgeschlossen wurde. Eine Verrechnung von Forderungen des Versicherers gegen den Versicherungsnehmer mit der dem Dritten geschuldeten Entschädigung ist

ausgeschlossen, der bezeichnendste Ausdruck für die Trennung der Rechte und Pflichten aus dem Vertrag. Indessen erscheinen doch zur Vermeidung von Wettversicherung und Kollusion nach drei Seiten hin Ausnahmen vom Prinzip geboten. Der Versicherer kann, wenn der Versicherungsnehmer zahlungsunfähig geworden ist, die Prämie auch vom Dritten fordern, wenn dieser sie nicht schon vorher an den insolventen Versicherungsnehmer bezahlt hatte (Art. 21, l. 2); und die grob-fahrlässige Herbeiführung des Ereignisses durch den Dritten befreit den Versicherer (Art. 17, l. 1). Endlich sind bei der Anzeigepflicht bei Abschluss des Vertrages auch die dem Dritten oder seinem Zwischenbeauftragten bekannten Thatsachen relevant, ausser wenn der Vertrag ohne Wissen derselben abgeschlossen wurde oder eine rechtzeitige Benachrichtigung des Antragstellers nicht möglich war.

Der Vertrag zu Gunsten Dritter als besondere Gattung ist eine Spezialiät der Personenversicherung. Er liegt vor, wenn vereinbart wird, dass der Versicherer die Leistung aus dem Vertrage an einen namentlich oder sonst hinlänglich bestimmt bezeichneten Dritten auszurichten hat (Art. 71). Nach Art. 128 O. R. wird der echte Vertrag zu Gunsten Dritter abhängig gemacht einerseits von der Willensmeinung der Parteien, andrerseits von der Annahme des Dritten, welche die Kette zwischen ihm und dem Schuldner unwiderruflich schliesst. Hier wird dagegen alles in die Hand des Kontrahenten, des Versicherungsnehmers, gelegt. Dieser kann jederzeit unter Lebenden und von Todes wegen frei über den Anspruch verfügen, die Versicherung umwandeln, erlöschen lassen, anderen zuwenden etc. Hat er davon nichts gethan, so erwirbt der Begünstigte mit dem Tode ein Recht, das unwiderruflich und in seiner eigenen Person begründet ist. Der Anspruch kann in seiner Person aber auch schon bei Lebzeiten des Versicherungsnehmers begründet werden, wenn nämlich dieser auf den Widerruf in der Police verzichtet und die Urkunde dem Destinatär übergeben hat (Art. 72). Im Uebrigen hängt selbstverständlich das Bestehen eines Anspruchs vom vertragsmässigen Verhalten des Versicherungsnehmers ab.

Eigenartige Bestimmungen gelten nun bei Pfändung oder Konkurs. Diese Akte annullieren ipso jure die Begünstigung. Weshalb diese zerstörende Kraft der Pfändung beigelegt wird, ist nicht recht einzusehen. Die Pfändung hebt z. B. das Eigentum Dritter, auch wenn dasselbe vom Gläubiger mit Erfolg bestritten wurde, nicht materiell unter dem Schuldner und dem Dritteigentümer auf; es verliert nur seine Wirkung gegenüber der amtlichen Beschlagnahme und äussert sie wieder, sobald diese Beschlagnahme weggefallen ist. Wenn z. B. der Destinatär durch Bezahlung der betriebenen Forderung die gepfändete Police auslöst, soll dann gleichwohl die Begünstigung dahingefallen sein, wenn der Schuldner inzwischen gestorben ist? Richtiger wäre daher, die Begünstigung erst mit der Verwertung erlöschen zu lassen. — Ein unbefriedigendes Resultat ergiebt sich in dem Falle, wo die Erben auf die Erbschaft des Versicherungsnehmers verzichten. Mit seinem Tode erlangt der Destinatär ein unentziehbares Recht auf die Versicherungssumme; den Gläubigern wird damit eine Deckung entzogen, die sie bis zum Tode des Versicherungsnehmers besassen. Sie können sich nur dadurch helfen, dass sie noch rechtzeitig den Anspruch pfänden und dadurch die Hinfälligkeit der Begünstigung überhaupt herbeiführen. Dann kommt aber die Versicherungssumme nicht ihnen persönlich, sondern der ganzen Masse zu gut. Eine Anfechtung mittelst der Actio Pauliana wird nur in den seltensten Fällen Erfolg haben, weil der Vertragsschluss in der Regel in eine Zeit zurückreichen wird, da der Schuldner noch nicht überschuldet war. Höchstens die letzten Prämienzahlungen werden Gegenstand einer Anfechtung bilden können, die Versicherungssumme ist und bleibt den Gläubigern verloren.

Endlich ist noch zu erwähnen, dass dem Versicherer das Recht zusteht, die nicht bezahlte Prämie mit der dem Begünstigten geschuldeten Leistung zu verrechnen, eine Ausnahme von Art. 135 O. R.

b) Unfall- und Haftpflichtversicherung.

Aus der Kollektivunfallversicherung steht demjenigen, zu dessen Gunsten die Versicherung abgeschlossen wurde, mit

dem Eintritt des Unfalls ein unwiderrufliches, direktes Forderungsrecht gegen den Versicherer zu (Art. 76). Damit soll verhütet werden, dass ein insolventer haftpflichtiger Unternehmer die Versicherungssumme für sich bezieht und den Geschädigten leer ausgehen lässt. Eine solche Konsequenz, bei welcher die Gläubiger des Haftpflichtigen an die Stelle des Arbeiters treten würden, widerspricht dem Zweck der Versicherung. Die Bestimmung ist relativ zwingend. Sie gilt nicht für die Haftpflichtversicherung; denn hier werden nicht die wirtschaftlichen Folgen eines Unfalls versichert, sondern der Vermögensaufwand, der dem Haftpflichtigen durch eine rechtliche Pflicht auferlegt wird. Immerhin besteht auch bei der Haftpflichtversicherung die Gefahr, dass dasselbe Resultat auf anderem Wege eintrifft, nämlich so, dass der Haftpflichtige sich von der Gesellschaft die Entschädigung, zu deren Ausrichtung an den Arbeiter er verpflichtet ist, bezahlen lässt und sich seiner Verpflichtung entzieht. Deshalb giebt Art. 58 dem beschädigten Dritten ein gesetzliches Pfandrecht an dem Anspruch des Versicherten im Umfange der Schadenersatzforderung. Dieses Pfandrecht unterliegt aber im Pfändungs- und Konkursverfahren der Möglichkeit einer Bestreitung durch die übrigen Gläubiger. Die Vorschrift ist ihrer Natur nach unabänderlich.

c) Sachversicherung.

Hier interessieren uns hauptsächlich die Vorschriften über die Ueber- und Doppelversicherung. Das Versicherungsrecht unterscheidet zwischen dem Versicherungswert, der Versicherungssumme und dem Ersatzwert. Die Versicherung ist nur da und nur in dem Umfange zulässig, als ein wirtschaftliches Interesse bedroht erscheint. Der volle Wert des Interesse nun, das der Versicherte zur Zeit des Vertragsabschlusses am Ausbleiben des befürchteten Ereignisses hat, ist der Versicherungswert (Art. 47). Die Versicherungssumme bezeichnet dagegen, anderweitige Vereinbarung vorbehalten, die Grenze der Ersatzpflicht des Versicherers (mit einer einzigen Ausnahme, Art. 65) und bedingt die Höhe der Prämie. Der

Versicherungswert kann sich während der Dauer des Vertrages vergrössern oder vermindern, die Versicherungssumme bleibt davon unberührt. Je nachdem nun die Versicherungssumme den Versicherungswert übersteigt oder hinter ihm zurückbleibt, liegt eine Ueber- oder Unterversicherung vor. Für denjenigen Betrag, welcher über den Versicherungswert hinausgeht, ist die Versicherung ungiltig (Art. 50), und wenn der Ueberversicherung eine betrügerische Absicht des Versicherten zu Grunde liegt, wird der ganze Vertrag für den Versicherer unverbindlich; die vereinbarte Gegenleistung verfällt ganz dem Versicherer. Erreicht dagegen die Versicherungssumme den Versicherungswert nicht, so ist der Schaden im Zweifel nur in dem Verhältnis zu ersetzen, in dem Summe und Wert zu einander stehen (Art. 64).

Eine Doppelversicherung liegt dann vor, wenn dasselbe Interesse gegen dieselbe Gefahr und auf dieselbe Zeit bei mehreren Versicherern dergestalt versichert wird, dass die sämtlichen Versicherungssummen den Versicherungswert übersteigen (Art. 51), auch wenn die verschiedenen Versicherungen nicht gleichzeitig, sondern nach einander genommen werden, ein Umstand, auf den die herrschende Meinung für die Frage der Zulässigkeit das entscheidende Gewicht legt. Mit Recht erklärt der Entwurf die gutgläubige Doppelversicherung nicht für unzulässig, da sie legalen Verkehrsbedürfnissen entspricht. Eine Schwierigkeit entsteht aber bei der Liquidierung des Versicherungsanspruchs. Haftet jeder Versicherer auf den ganzen Schaden oder nur pro rata der einzelnen Versicherungssummen, und eventuell mit oder ohne Regress unter den Versicherern? Das deutsche Reichsgericht hat diese viel umstrittene Frage dahin beantwortet, dass dem Versicherten die Auswahl unter den Versicherern zustehe, und dass die letztern keinen Regress untereinander ausüben können. Dieser Entscheid fördert leicht Kollusion des Versicherten mit einem der Versicherer, der durch ein Abstandsgeld die Verpflichtung auf die andern wird abzuwälzen suchen. Der Entwurf giebt deshalb, im Anschlusse an die von Ehrenberg aufgestellten Vorschläge, jedem Versicherer die Einrede der Tei-

lung in die Hand, um auf diese Weise den Versicherten zur Aussprache zu zwingen. Bei Zahlungsunfähigkeit des einen Versicherers haften die anderen subsidiär pro rata bis auf die Höhe der jeweiligen Versicherungssummen, und mit Regressrecht. Damit wird die Gefahr der Kollusion vermieden, aber auf Kosten des Versicherten, der nun trotz der mehrfachen Sicherheit, die er sich durch mehrfache Prämienzahlung glaubte zu verschaffen, genötigt ist, an jede einzelne Versicherungsgesellschaft zu gelangen. Uebrigens wird die Einrede der Teilung vom Versicherer zu beweisen sein, was in der Mehrzahl der Fälle schwer halten dürfte. Die Bestimmungen über die Ueber- und Doppelversicherung sind absolut zwingenden Rechtes; einzig die subsidiäre Haftung und die Regressverhältnisse können durch besondere Vereinbarung frei gestaltet werden.

Von den weitern Bestimmungen über die Sachversicherung führen wir noch an den gesetzlichen Uebergang der Rechte und Pflichten aus dem Vertrage bei Veräusserung des Gegenstandes der Versicherung, sofern nicht eine wesentliche Gefahrsänderung damit verbunden ist (Art. 54). Einer Uebertragung der Versicherung auf den Erwerber bedarf es nicht; der wirtschaftliche Erfolg derselben soll nicht deshalb ausbleiben, weil der Erwerber in entschuldbarer Unaufmerksamkeit sich den Anspruch nicht übertragen liess. Dass auch die Pflichten ipso jure mit dem Veräusserungsvertrage (nicht erst mit der Tradition) vom Veräusserer weg und auf den Erwerber übergehen sollen, wird seitens der Versicherungsgesellschaften nicht ohne Widerspruch bleiben. — Kraft des Gesetzes gehen auf den Versicherer insoweit, als er Entschädigung geleistet hat, die Rechte des Versicherten gegen dritte Schadenstifter über, ausser wenn dieser Dritte ein Familienglied des Versicherten ist, das mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebt (Art. 68). Der Versicherte ist für alles, wodurch er den Versicherer in diesen Rechten verkürzt, verantwortlich. Diese Vorschrift steht im Abschnitt über die Sachversicherung, unter welche der Entwurf auch die Haftpflichtversicherung subsumiert (Art. 58); sie gilt da-

her auffallenderweise nicht für die Unfall- und Lebensversicherung.

d) Rückkauf und Umwandlung, Verwertung von Lebensversicherungen.

Alle Bestimmungen über Rückkauf und Umwandlung sind relativ zwingenden Charakters. Sie wollen an Stelle der unübersehbaren Vielgestaltigkeit in der bisherigen Behandlung durch die Gesellschaften eine einheitliche Ordnung setzen und unbillige Ansätze, namentlich für später austretende Versicherte, verhindern. An der Spitze steht der Satz, dass der Versicherer verpflichtet sei, jede Lebensversicherung, für die wenigstens drei Jahresprämien bezahlt worden sind, auf Begehren in eine beitragsfreie Versicherung umzuwandeln, mithin auch die temporären Versicherungen auf den Todesfall, welche die heutige Praxis in der Regel ausschliesst (Art. 80). Der Versicherer muss überdies diejenige Lebensversicherung, die eine Verbindlichkeit zur Bezahlung der Versicherungssumme sicher begründet, auf Verlangen jederzeit zurückkaufen, sofern mindestens drei Jahresprämien bezahlt worden sind (Art. 80, l. 2). Bei diesen Versicherungen, d. h. bei der lebenslänglichen Versicherung auf den Todesfall, der gemischten Versicherung und der Versicherung auf bestimmte Zeit wird während der ganzen Dauer des Vertrages eine gleichbleibende Prämie entrichtet. „Da das Risiko mit dem höhern Alter wächst, bezahlt der Versicherte für die ihm sicher garantierte Leistung anfänglich zu viel, später zu wenig. Die notwendige Ausgleichung schafft das Deckungskapital. Die bezahlten Prämien sind daher Entgelt für das getragene Risiko, insoweit sie zur Deckung der in jeder Versicherungsperiode eingetretenen Schäden zu dienen hatten, und teilweise Gegenleistung für die vom Versicherer künftig zu tragende Gefahr, insoweit sie als Deckungskapital reserviert worden sind, um mit Hilfe der vom Versicherten in der Zukunft geschuldeten Prämien die Bezahlung der Assekuranzsumme zu sichern“ (so wörtlich die Motive S. 73). Dieses Deckungskapital ist derjenige

Betrag, den der Lebensversicherer nach Massgabe seiner technischen Grundlagen, ausser den künftigen Prämien, zur Bestreitung der erwartungsmässigen Auslagen (die versicherten Leistungen und die damit verbundenen Unkosten) nötig hat (Art. 81, l. 2). Für die Feststellung des Umwandlungswertes und Rückkaufspreises dient als Basis dieses Deckungskapital in der Höhe, die es beim Eintreffen des Begehrens hat. Die Umwandlung geschieht alsdann in der Weise, dass dasselbe als einmalige Prämie für das gegenwärtige Alter des Versicherten angerechnet wird, und zwar sind, da nicht eine neue Versicherung vorliegt, die zur Zeit des Vertragsabschlusses geltenden Tarife anzuwenden. Als Rückkaufspreis hat der Versicherer mindestens das Deckungskapital unter Abzug von zwei Prozent der Versicherungssumme zu gewähren (alles in Art. 82). Ein Abzug erscheint darum als gerechtfertigt, weil der Versicherer der sog. Antiselektion der Versicherten, welche sein Gesamtrisiko ungünstig beeinflusst, durch Einforderung einer Entschädigung begegnen muss. Der auf den Todesfall Versicherte wird nämlich, wenn die Aussicht zu leben für ihn günstiger wird, zum Rücktritt und Rückkauf geneigt sein; der auf den Lebensfall Versicherte wird diese Wahl treffen, wenn die Chance zu leben sich für ihn schlechter gestaltet. Immer aber wird das Gesamtrisiko des Versicherers dadurch alteriert. Die Tragweite dieser Veränderung ist technisch nicht festzustellen.

Die praktische Durchführung dieser Vorschriften sichert und erleichtert der Entwurf in jeder nur wünschbaren Weise dem Versicherten. Den Gesellschaften wird die Verpflichtung überbunden, binnen vier Wochen nach Empfang des Begehrens den Umwandlungswert oder Rückkaufspreis gesetzesgemäss festzustellen und dem Berechtigten mitzuteilen, und zwar muss diese Mitteilung die Angaben in einer Vollständigkeit enthalten, dass jeder Sachverständige die Rechnung kontrollieren kann. Das Versicherungsamt ist demnach auch angewiesen, auf Ersuchen die festgestellten Werte unentgeltlich auf ihre Richtigkeit zu prüfen. — Lebensversicherungen, an welche drei Jahresprämien bezahlt wurden, gelten

als unverfallbar, d. h. sie sollen von Gesetzeswegen umgewandelt werden, wenn die fernere Prämienzahlung unterbleibt. Die Gesellschaft hat alsdann den Umwandlungswert sowie auch einen allfälligen Rückkaufspreis in gleicher Weise wie oben festzustellen und mitzuteilen. Ist die Versicherung rückkaufsfähig, so kann der Forderungsberechtigte binnen vier Wochen seit dem Empfang jener Mitteilung an Stelle des Umwandlungswertes den Rückkaufspreis verlangen. Thut er dies nicht, so gilt ohne weiteres die Police als umgewandelt (Art. 85).

Den Schutz dieser Vorschriften geniessen auch solche Leistungen, die der Versicherer aus angefallenen Gewinnanteilen dem Forderungsberechtigten in Form einer Lebensversicherung gewährt hat (Art. 86).

Eine rationelle Regelung erfährt das Zwangsvollstreckungsverfahren in Lebensversicherungspolicen überhaupt. Die Versicherung auf eigenes Leben kann bei der Verwertung nur mit Zustimmung des Versicherungsnehmers aufrecht erhalten werden (Art. 75), eine Konsequenz des Satzes, dass Versicherung auf fremdes Leben ungiltig ist, wenn derjenige, auf dessen Kopf die Versicherung gestellt ist, dem Abschluss des Vertrages nicht beigestimmt hat (Art. 69); die Lebensversicherung soll nicht von ihrem angestammten, gesunden Boden des wirtschaftlichen Bedürfnisses auf fremde und gemeinschädliche Gebiete der Wettversicherung verpflanzt werden. Es soll nicht ein dritter Erwerber auf den Tod des Schuldners spekulieren und aus der Erwerbung der Police ein Geschäft machen. Stimmt der Versicherungsnehmer nicht bei, so haben die Gläubiger oder der Erwerber der Forderung Anspruch auf den Rückkaufspreis. Der Ehegatte und die Kinder des Versicherungsnehmers können jedoch, aber auch nur mit dessen Zustimmung, verlangen, dass der Versicherungsanspruch, gegen Erstattung des Rückkaufspreises, ihnen zu Eigentum übertragen werde. Das Begehren ist vor Verwertung der Forderung dem Betreibungsamte oder der Konkursverwaltung einzureichen (Art. 75).

Litteraturbericht.

Aus den litterarischen Erscheinungen des letzten Halbjahres berichten wir über einiges an uns Eingesendete und sonst etwa für unsere Leser Interessante.

Aus Anlass der Genfer Landesausstellung hat die juristische Fakultät der Universität Lausanne eine Sammlung von wissenschaftlichen Abhandlungen ihrer Mitglieder publiziert, von denen einige sich mit schweizerischem Rechte speziell beschäftigen, wie Schnetzler, le contrôle dans les sociétés anonymes, Berney, l'initiative populaire et la législation fédérale, und besonders Soldan, le Code fédéral des obligations et le droit cantonal. Diese letztere umfangreiche Arbeit behandelt die wichtige Frage des Verhältnisses von eidgenössischem Obligationenrecht zu den Kantonalrechten, indem sie die Tragweite der im Obligationenrechte selbst zu Gunsten der Kantonalrechte gemachten Vorbehalte im öffentlichen, im Straf- und im Civilrechte umsichtig und sorgfältig prüft und wesentlich auf der Grundlage der Judikatur des Bundesgerichtes den heutigen Stand der Frage feststellt. Diesem letzteren Umstande mag es zuzuschreiben sein, dass einzelne Seiten des Themas, die noch wenig oder gar nicht dem Bundesgericht zu prinzipiellen Entscheidungen Veranlassung gegeben haben, etwas kurz abgethan worden sind, wie z. B. die der Gültigkeit der Bestimmungen der welschen Civilgesetzbücher über den Beweis der Verträge gegenüber dem Art. 9 des Obligationenrechts; hinter jenen sogenannten Beweisvorschriften versteckt sich hauptsächlich die Vorschrift der Schriftlichkeit, ein Vertrag braucht nur abgeleugnet zu werden, so ist der ihn geltend Machende verloren, und wenn er ihn mit hundert Zeugen beweisen könnte, weil er keinen Zeugenbeweis führen darf; das heisst doch: Der Vertrag bedarf der Schriftlichkeit, um nicht der frivolsten Bestreitung ausgesetzt zu

sein. Es ist darüber auf dem Juristentag in St. Gallen i. J. 1883 ohne recht befriedigendes Resultat debattiert worden, auch Soldan geht (S. 171) etwas rasch über diese Frage hinweg.

Von grösseren Werken ist weiter zu erwähnen die Vollendung des ersten Bandes der grösseren Ausgabe von Schneider und Fick, das schweizerische Obligationenrecht kommentiert (2. Auflage). Wir haben darüber schon früher berichtet und angegeben, was diese zweite Auflage auszeichnet.

Hier sei gleich auch als den Uebergang zu Werken kleineren Umfangs bildend angeschlossen der von H. Sträuli herausgegebene Supplementband zu dem Kommentar seines verstorbenen Vaters, des Obergerichtspräsidenten Sträuli, zum Gesetze betreffend die zürcherische Rechtspflege vom Jahre 1874, Auszüge grundsätzlicher Entscheidungen aus der Praxis der Zürcher Gerichte, nicht bloss für Zürich, sondern auch für weitere Kreise verwertbar in allen den vielen civilprozessualischen Fragen, die mehr oder weniger allen kantonalen Rechten gemeinsam sind.

Unter den Arbeiten kleineren Umfangs spielen auch jetzt wieder die Doktordissertationen eine grosse Rolle, freilich mehr der Zahl als dem Gehalt nach. Hervorzuheben wären etwa die Berner Dissertation von W. Burckhardt, die rechtliche Natur der Personenverbände im schweizerischen Obligationenrecht, deren Formel freilich uns einen bestimmten Begriff der juristischen Person nicht entbehrlich zu machen scheint, dann zwei Lausanner Dissertationen von J. Spiro, Origines et formation du régime matrimonial vaudois, und P. Rambert, Les droits de la femme dans la faillite du mari ou en cas de poursuite dirigée contre lui par voie de saisie, endlich eine Münchener Dissertation von G. Börlin über die Transportverbände und das Transportrecht der Schweiz im Mittelalter, die das zerstreute Material über diesen Gegenstand gesammelt und geordnet und neues Ungedrucktes dazu gefunden hat.

Von Zeerleder ist eine dritte Auflage seines Kirchenrechts des Kantons Bern erschienen. Die kleine Schrift ist bekannt durch ihre übersichtliche lucide Zusammenfassung des Gegenstandes.

Dem schweizerischen Strafgesetzentwurf hat Prof. F. Oetker in Rostock im 17. Bande der v. Liszt'schen Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft eine Abhandlung über den Versuch und die schweizerischen Strafgesetzentwürfe gewidmet.

Nicht spezifisch schweizerisches Recht betrifft ein grösseres Werk, das wir hier anzeigen, weil es von einem an der Berner Hochschule thätigen Gelehrten herrührt:

O. Opet, Deutsches Theaterrecht.

Ein eigentümliches und originelles Buch, das alle mit dem Theater in Verbindung stehenden und durch das Theater hervorgerufenen Rechtsverhältnisse in zusammenfassender Darstellung untersucht. Die heterogensten Dinge stecken da beisammen: die Theatergewerbepolizei, die Theatersicherheitspolizei, das Bühnenengagement, der Theaterbesuchsvertrag, das Aufführungsrecht, die Theateragenturverträge. Wir fragen uns dabei hauptsächlich zweierlei:

1. Ist es eine richtige wissenschaftliche Methode, diese verschiedenen Dinge unter einen Gesamtbegriff zu stellen, genauer: sie als Funktionen eines einheitlichen Rechtsorganismus zu behandeln? Der Verfasser wird uns sagen: Ja, denn der öffentliche Charakter des Theaterinstituts giebt allen diesen Rechtsverhältnissen eine bestimmte Richtung und eine eigentümliche Ausprägung, so gut wie der öffentliche Charakter der Eisenbahnen ein besonderes Eisenbahnrecht erzeugt und eingebürgert hat. Wir sind nicht ganz überzeugt, dass dergleichen Analogien völlig zutreffen.

2. Warum deutsches Theaterrecht? Das passt auf den kleineren Teil des Buches, der grössere behandelt Fragen, die von der deutschen Reichs- oder Landesgesetzgebung nicht geregelt sind und wofür der Verfasser auch oft und viel die auswärtige Judikatur herbeigezogen hat.

Diese umfassende Benutzung einer ungemein reichhaltigen und mit grosser Sorgfalt zusammengetragenen Litteratur und Rechtsprechung ist zu loben, und wir wollen auch gar nicht bei diesem Lobe stehen bleiben, sondern die gründliche und meist zutreffende und lehrreiche Behandlung der einzelnen Abschnitte anerkennen und hervorheben. Dass der Verfasser in juristischer Formulierung hie und da uns etwas zu weit geht, wollen wir gerne in Kauf nehmen, so z. B., wenn er S. 233 untersucht, ob und wiefern der Theaterbesucher gegen seinen Nebenmann, der ihm zu stark und störend klatscht oder zischt, die Klage wegen indirekter Injurie oder wegen Verletzung des Nachbarrechts haben könnte; er verneint es zwar, aber auch wieder in etwas gewundener Form, statt einfach die Polizeiorgane dafür sorgen zu lassen, dass solche übermässige Enthusiasten oder Kritiker zur Ordnung vermahnt oder nötigenfalls entfernt werden.

Das Stadtbuch („municipale“) von Freiburg im Uechtland.

Von J. SCHNELL.

(Fortsetzung.)

161. Leiheverhältnisse.

gG 565. t 146b. T 33a. tT 22b. A 52a. C 97. D 22a. M 42b.

Von lühung vnd dero vnderscheid. — Was ein lühung sye. Lühung ist ein contract, darmit vnd durch einer etwas ligenden oder vahrenden guts verlücht, hinlast vnd übergibt vmb etwas jährlichen oder anderen bestimbten geniess vnd nutzes[1]) vnd das eintweders vf ein bestimbte zyt vnd zal jaren oder tagen. Darus entspringt, wann es ligend gut antrifft, der contract, der genant würd locatio, vmb vahrend aber mutuum, oder aber erstreckt sich die lühung vf den empfaher, syne erben vnd erbens erben. Dahär volgt der contract, der genant würd emphüteusis,[2]) von welchem härnach. — Welchen contracten, wann si mit vfrechten gedingen beschlossen vnd an-

Des locations et de leur difference. — Qu'est ce que soit location. Location est vng contract dans lequel l'vng loue, cede et remet a vng aultre quelque bien gisant et meuble pour quelque fruict et proufit annuel et designe et ce pour vng terme designe et nombre d'annees ou jours, d'ou procede, quand il concerne biens gisants, le contract qui s'appelle locatio, et pour meubles mutuum, ou bien telle admodiation s'etend sur le locataire et ses heritiers et hoirs de ses hoirs, d'ou s'ensuict le contract appelle emphyteusis duquel ci apres. Auxquels contracts, quand ils sont conclus et acceptes, les parties se doibgent conformer et les juges a forme d'iceulx rendre jugement, si ce n'est

genommen,[3]) die parthien [4]) sich zeuergmässen, auch die richter darüber zeerkennen habend, es erschyne dann ein vnchristenliche übernutzung darinnen, in welchem val die lühung mit vrtheil vnd recht abgerüefen vnd die übernutzend nach verdienst zestrafen sind.

qu'il y apparoisse vng aduantage non chretien et desraisonnable, auquel cas la location sera par droict et sentence contrecongneue scelon son merite.

[1]) Die ursprüngliche Definition in gG: Lyhung ist nüt anders dan ein übergebnus, hinlassung vnd zustellung des stuckes, so einer dem andern vmb etwas geniess vnd nutzes willen mit gutem wüssen ein zyt lang .... [2]) Cf | [3]) gG und t fordern schriftliche Fassung. [4]) Af |

162. Hausmiete.

. 16. Januar 1499.

gG 575. t 146b. T 33a. tT 22b. A 52b. C 97. D 22b. M 42b.

Von lühungen vf bestimbte zyt. Lücht einer syn hus einem anderen, was schadens der empfaher durch sich vnd syn gesind oder anders gesind, so er ins hus nimpt,| [1]) dar innen thut vnd zuefüegt, es sye an vensteren, ofen,[2]) tillenen, wänden, gemachen vnd andern dingen, die syend mit nut vnd nagel begriffen oder nit begriffen, also das er es nit vberantwurtet in dem wesen, wie er es empfangen, das ist der empfaher oder conductor dem lüher zeersetzen schuldig, ob es schon in der lühung nit gemeldet wäre, fürnämblich was durch vngehorsame zuem feür, mit vnordenlichem feüren[3]) vnd mangelhalb der süberung der öfen, käminen, feürstätten, rauch-

De la location a terme designe. — Premierement de la location de maisons. Quand on loue vne maison a vng aultre, la perte que le locataire lui faict et apporte, soit par lui, ses domesticques ou aultres gens qu'il prend en la maison, soit aux fenestres, fornaulx, aux dessus, parois, membres ou aultres choses attachees ou rebattues de cloux ou non, tellement qu'il ne le remette en mesme estre comme il l'ast reçeu, le locataire sera entenu le refaire au locateur, encourre que cela ne seroit mentionne en l'admodiation, specialement quand il aduient et est neglige par inaduertance du feu, par feu extraordinaire et par default de nettoyer les forneaulx, cheminees, foyers,

löchern vnd feürwärinen verwahrloset würd.[4]

echauffeurs de lict et semblables.

[1]) gG: |syn dienst vnd husgesind [2]) Add. gG: sideln, bettstatten .... so der lyher hette darin gelassen vnd dem empfacher yngeben. [3]) gG: sollen an keinem andern ort feüwren vnd kochen, dan vf der darzu geordneten herdplatten .... vnd das daran vnd daruf nit vberflüssig gefeuwrt werd. [4]) Die Pflichten des Mieters bei vorzeitiger Aufhebung des Vertrags, wie sie für den Vermieter Art. 163 aufstellt, hat zwar gG Art. 575, aber die folgenden Entwürfe lassen sie unberührt.

163. Folgen der Aufhebung der Hausmiete.

16. Januar 1499.

gG 566. 570. 573—575. t 147a. T 33b. tT 22b. A 52b. C 97. D 22b. M 43a.

In was välen ein lühung (locatio) geendet vnd abgerüeft würd. Die lüchenschaft eines huses mag vor verschinung der bestimbten zahl jahren |widerüeft|[1]) werden in disen välen, als nämblich:

(a) Wann die noth den lüher dahin tringt, das er die behusung selbs inhaben vnd bewohnen muss.[2])

(b) Wann der empfaher es misbraucht vnd schaden daran thut vnd das augenschynlich |am tag ligt,[3]) mag die lühung abgekündet vnd genommen werden, vermittelst eines zimblichen zils das hus zerumen, in welchem val der empfaher den zins desselben jahrs zezahlen nit schuldig ist.

(c) Item wann der lüher [4]) syn verlühen hus oder gut vor dem vsgang der lühung verkauft vnd verändert,[5]) ist der empfaher pflichtig darab zekehren nach empfangnem blu-

En quel cas la location est finie et expiree. Le louage d'vne maison peult estre reuocque auant l'expiration du terme designe au cas suiuant, ascauoir:

(1⁰) Quand la necessite contrainct le locateur qu'il faille habiter et demourer lui mesme en la maison.

2⁰) Quand le locataire en mesuse et lui faict de la perte, estant cela euident et oculaire, la location par precedente notification pourrat estre ostee en baillant quelque terme raisonnable pour vuider, en quel cas le locataire ne sera tenu payer la cense de ceste annee.

(3⁰) Item quand le locateur vend ou aliene sa maison auant le terme fini, le locataire sera tenu vuider et deplacer apres auoir recueuilli la fleur en payant la cense a rate de temps et moyennant terme competant.

men[6]) mit abtrag des zinses nach marzahl der zyt vnd vermittelst eines zimblichen zils.[7])

(d) Wann einer syn empfangne lühung einem andern v̈bergibt wider des lühers[8]) willen, so soll er nit allein abfahren vnd dem lüher syn volkommnen zins richten, sunders auch der herrschaft zehen pfund büessen.[9])

(e) Gaht der empfaher ab vor dem zil der lühung, so hat die lühung auch ein end, im val si nit auch vf die erben gestellt ist, es sye dann des lühers guter will, die erben daruf oder-by blyben zelassen. Vals aber auch die erben die lühung nit mehr halten wöllten, mögen sie dieselbige auch vfgeben,|[10]) in welchem val der lüher dieselbige vfnemmen soll.[11])

(f) Heürath bricht auch die lüchung, als wann eines vnuereelichten güeter durch ihne selb oder syne vögt[12]) hin gelühen sind, er aber sich by hangendem termin der lühung verheüratet, so ist der empfaher schuldig, ihme zewychen, in bedenken das ein ehehaftige noth ist von syner nahrung wegen, die er ab dem gut zenemmen hat, souer das es ohne geuar[13]) zugange vnd er das gut selber besitze vnd buwe. In solchem val solle der lüher dem empfaher oder den synen allen zimblichen vnd billichen kosten der erbuwung vnd besserung vfzühens vnd vfrüstens völliglich vnd dermassen er-

(4⁰) Quand quelcung remet son louage a vng aultre contre la voulonte du locateur, icelui debura non seulement deplacer et payer au locateur la cense entiere, ains aussi desliurer dix florins d'offence a la seignorie.

(5⁰) Si le locataire decede auant le terme de la location, icelle serat expiree en cas icelle ne soit faicte pour les heritiers, si ce n'est que le locateur de bonne volonte la veuille permettre aux heritiers. Et en cas que les heritiers ne vouldroient plus tenir la location, ils la pourront quitter et le locateur sera tenu de la recepuoir.

(6⁰) Mariages rompent locations, comme si les biens d'vne personne libre auroient este loues soit par elle mesme ou par son tuteur et que durant le terme de la location elle se marie, le locataire serat entenu de lui quitter la place en consideration que cela est necessite legitime, causant la nourriture que telle personne doibt retirer de son bien en tant que cela soit faict sans aguet et qu'icelle mesme veuille tenir et cultiuer son bien. En tel cas le locateur serat entenu de rembourser entierement au locataire toutes ses coustes raisonnables et equitables de la cultiuation et meilleurement et d'y estre alle et d'auoir accommode si auant qu'il se retire plustost auecq proufit que d'en auoir de la perte.

setzen, das er ehe mit gewinn dann mit verlust darab kehre.[14])

[1]) C: vfgesagt| [2]) Add. gG: oder ers vfbawen müesste. [3]) A D f || [4]) C: empfaher [5]) gG motiviert: dann wie vnser alter bruch vnd volgend recht vermag, so ist dannocht dem lycher zugelassen, syn verlichen stuck vngehindert der lychung zeuerkoufen. [6]) Add. gG: doch was er doruff vnd daran gesäyet, angwendt vnd bearbeitet hette, soll ime vorab veruolgen oder . . . ersetzet werden. [7]) gG und t: der koüfer wolle ine dann darvf lassen. [8]) A D z: wüssen vnd. [9]) gG: wil einer syn lyhung nit behalten, sonders einem andern vbergeben, sol er vorab synem lycher solichs anzeigen vnd ine bitten, ime solichs ze bewilgen. So aber der lycher es nit zulassen wil, sol der ander pflichtig syn, syn lychung zehalten . . . . Will aber der, dem die lychung vbergeben worden, die nit annemmen, so mag er mit synem gut oder hus tun nach synem willen vnd der ander sol abuaren. [10]) C: aufsagen| [11]) Glossem in gG: Ja wenn die lychung sich nit vf die erben erstreckt. [12]) gG: syne hendler, pfleger, vögt vnd gerhaben. [13]) gG: durch einiche betrug, geschwindigkeit oder allefanz. Dann in solchem val möcht sich der ander beclagen vnd die lychung widervorsehen. [14]) C: abziehe -- In C ist dieser ganze Art. 163 ohne Ueberschrift unmittelbar an Art. 162 angeschlossen.

164. Haftung des Eingebrachten und der Verwendungen für den Mietzins.

gG 571. 572. t 148ª. 164ª. T 34ª. tT 23ª. A 53ᵇ. C 99. D 23ª. M 43ᵇ.

Was der empfaher vf das stuck kehret oder wendt, das soll dem lüher haft- vnd pfandbar syn. Bringt der empfaher etwas vf das bestanden gut, sye buw, vich, husrhat oder ander vahrend gut, das soll alles mit sampt dem blumen vnd frucht, so daruf gewachsen, dem lüher blyben für syn sicherung vnd vnderpfand des zinses vnd der ersatzung desjenigen schadens so (dem lüher) durch des empfahers oder synes gesindes

Ce que le locataire mene et applique sur la piece, est hypotheque au locateur. Le locataire apportant quelque chose sur la piece louee soit de la culture, bestail, mesnage ou aultres biens meubles, aussi la fleur et fruicts croissants resteront au locateur pour son asseurance et hypotheque de la cense et en restitution de la perte que pourroit aduenir a la maison ou es biens du locateur par la coulpe du locataire, de son mesnage ou

oder huslüten schuld dem hus oder gut zugefüegt wäre. Derhalben soll niemands daruf lühen vnd der empfaher nichts darab oder -us füehren ohne verwilligung des lühers, welcher vor allen anderen ansprechern darab soll zahlt werden, obschon dasselbig von andern gepfändt wäre. Vnd wann der empfaher etwas lasst vstragen, ist er zehen pfund buss veruallen vnd der vstrager den huszins zeerlegen schuldig.

domesticques. Parainsi nul ne doibt prester dessus ni le locataire enmener aulcune chose sans le consentement du locateur lequel auant tous aultres crediteurs en deburat estre paye, encourre qu'il auroit este gaige par d'aultres. Et si le locataire permet emporter aulcune chose, il est dheu a six florins de bamp et celui qui l'emporteroit, seroit tenu de payer la cense de la maison ou louage.

165. Ersatzpflicht des Vermieters für Besserungen des Mieters.

gG 569. t 147b. T 34a. t T 23a. A 54a. C 99. D 23a. M 43b.

Von ersatzung der besserung an gebewen. Erschynt an den gebewen des gelihenen guts als am hus, schüren, spycher vnd derglychen etwas schädlichen gebrechens, so ein erbesserung eruorderet, die in der lühung nit bedingt ist, vnd der lüher söliches vf des bestehers bericht vnd warnung nit will erbesseren lassen, so soll der empfaher vf vorgehende beschaw des mangels vnd mit rhat [den baw vnd erbesserung thun vnd der lüher [1]) ihme] [2]) denselben ersetzen oder an der lühung abziehen vnd abgahn lassen.

Restitution de la meilleurance aux bastimens et costes de la cultiuation. Si aux maisonnements d'vng bien loue comme en la maison, grange, grenier et semblables il appert quelque manque dommageable qui recquiert la refaicture non reseruee en la location et que le locateur, a la sollicitation et aduertissement du locataire ne le faict restaurer, le conducteur apres visite de la manque et auecq conseil ou aduis pourra faire tel bastiment et reparation et le locateur sera tenu lui en faire restitution ou bien le deduire et defalquer en la location.

[1]) A: derglychen [2]) C: [den bau erbesseren vnd der leiher ihme].

166. Räumungspflicht des Mieters.

gG 566. t 147ª. T 34ᵇ. t T 23ª. A 54ª. C 100. D 23ᵇ. M 44ª.

Wann der empfaher nach verflossnem [1]) zil nit abuaren will. Wann das zil einer lühung verflossen ist vnd der empfaher nit will darab stahn, so soll ihme darab gebotten werden by zehen pfunden buss. Gehorsamet er nit, so soll er in geuenknus gelegt vnd darus nit gelassen werden, er habe dann gerumbt,[2]) gebüest, ouch allen kosten vnd schaden abgetragen.

Quand le locataire apres le terme expire ne veult desloger. Quand le terme d'vne location est expire et que le locataire ne veult desloger, lui sera faict commandement soubs le bamp de dix florins de quitter. Et s'il n'obeit, il deburat estre mis en prison et illec detenu jusqu'a ce qu'il aye deplace, paye l'offence et supporte toutes missions et dommages.

[1]) A: verlaßnem. [2]) gG z: vns zwenzig pfund buss bezahlt. t wendet es: by 10 pfund buss vnd darnach geuenknus mit XX pfund abzelösen vnd allen kosten abzetragen. Er sol nit vsgelassen werden, er habe dann .... Erst T hat unsre Fassung.

---

167. Viehverstellung.

gG 576. 577. t 148ª. T 34ᵇ. t T 23ᵇ. A 54ᵇ. C 100. D 23ᵇ. M 44ª.

Von lühung des vichs. Es werdend auch lühungen des vichs von wegen der nutzung, so der vfwachs desselbigen mit sich bringt, vfgericht, welche lühungen in dieser lands art mehrstheils vf dise wys brüchig, namblich wann einer ross vnd rind, khüe vnd kälber vnd anders vich vmb den halben vfwachs, so man gemeinlich nempt in halbem, vf ein zahl jahren verlücht, so werdend die stuck geschetzt von wegen des vf- oder abgangs vnd dem empfaher also yngegeben. Nach verschynung des zils wird jedes stuck abermalen geschetzt vnd thut alsdann der empfaher die

De la location du bestail. Locations se font aussi du bestail causant la jouissance ou proufit que l'augmentement d'icelui apporte, quelles locations en ces quartiers la plus part sont accoustumees comme s'en suict. Quand quelcung baille en location a vng aultre pour vng nombre d'annees des cheuaulx, bœufs, vaches, veaulx et aultre bestail a mi fruict que l'on appelle communement a moiteresse, les pieces causant l'augmentement ou diminution sont taxees et ainsi remises au locataire. Apres l'expiration du terme chascune piece est retaxee, faisant le locataire la premiere et le lo-

erste schatzung, der lüher aber die andere: vnd hat alsdann der lüher die wahl jedes stuck vichs by der ersten oder anderen schatzung zenemmen oder dem empfaher zelassen. Welcher dann vnder ihnen das stuck behaltet, der soll dem anderen den halben theil des vfwachs bezahlen. Behaltets dann der empfaher, so soll er über den halben theil des vfwachs dem lüher das gelt, darumb es in der lühung geschätzt vnd ihme |yngegeben|[1]) worden, ynsecklen oder das vich darumb pfand[2]) vnd haft syn.[3])

cateur la seconde taxe, et alors le locateur ast le choix de prendre chascune piece de bestail a forme de la premiere ou seconde taxe ou de la laisser au locataire. Celui doncques d'entr'eulx qui retient la piece, doibt payer a l'aultre la moitie de l'augmentation, et si le locataire la retient, oultre la moitie de l'augmentation, il deburat encourre rembourser au locateur l'argent pour quel elle fust taxee et a lui remise en location, ou bien le bestail en sera gaigeable et hypotheque.

[1]) C: |hingegeben| [2]) A: |pfand| D: |pfendt| [3]) Die vorliegende Fassung stammt aus T. Diejenige von gG und t ist viel weitläufiger, aber geprüft „judicio eorum, qui ejus rei peritiam habent et usum" und ohne Zweifel danach bedeutend verkürzt. Nach gG und t wird die Zeit des Vertrages auf ein bis vier Jahre gesetzt.

168. Nutzenzuteilung bei Viehverstellung.

gG 576. 577. t 148ᵇ. T 34ᵇ. tT 23ᵇ. A 54ᵇ. C 101. D 23ᵇ. M 44ᵇ.

Des lühers vnd empfahers nutzung. Dem empfaher gehört vnd soll zukommen die milch von khüen, schafen, geissen, aber die frucht derselbigen als auch des gestüts vnd kleinen guts, item die wullen der |schafen,[1]) widdern vnd lämmern soll vf des lühers begehren [2]) getheilt oder geschätzt |oder aber|[3]) verkauft vnd die losung getheilt werden.

La jouissance du locateur et conducteur. Au locataire appartient et doibt paruenir le laict des vaches, brebis et cheures, mais le fruict d'icelles comme aussi des jeumens et pourceaux, item la laine des brebis, moutons et agneaux a l'instance du locateur deburat estre partagee ou taxee ou bien vendue et le prix d'icelle partage.

[1]) gG: mutter ouwen. [2]) Cf [3]) Cf |

169. Schadenzuteilung.

a) Bei Nachlässigkeit des Empfängers.

gG 576. 577. t 149a. T 35a. tT 23b. A 55a. C 101. D 23b. M 44b.

Des empfahers pflicht. Von der zahl des vichs so dem empfaher yngegeben ist, fürnämblich von einer herd schafen, soll er ohne vorfrag, wissen vnd willen des lühers kein stuck verkaufen. Geschicht es aber mit oder ohne des lühers willen, so ist der empfaher schuldig ihme das gelt oder losung zeüberlifern. — Der empfaher ist ouch schuldig vnd gebürt ihme, das vich gebürlich vnd wohl zeerhalten vnd hüeten, besunders ross vnd rind, mit vbermässigen führinen vnd lästen [nit abzetryben; vnd so es syner[1]] [vngehorsame[2]] vnd böser hut halben abgienge, verderbt, verwahrloset oder verloren oder von wilden thieren gefrässen wurde, so soll es nit dem lüher, sunders ihme dem empfaher, abgangen vnd verloren syn vnd er dem lüher syn vich nach der ersten schatzung oder, wa kein schatzung geschechen, nach dem es werth gsin ist, ersetzen.

Le debuoir du locataire. Du nombre du bestail remis au locataire, principalement d'vng troupeau de brebis, il n'en debura vendre aulcune piece sans le sçeu, vouloir et consentement du locateur. Que s'il le faict auecq ou sans le vouloir du locateur, le locataire serat entenu lui en desliurer l'argent ou le prix. — Le locataire est aussi entenu et lui conuient de bien et decentement entretenir et garder le bestail, principalement de ne fouler les cheuaulx et bœufs auecq charges et charrois demesures. Que si par sa negligence et mesgarde il se perdoit, mourroit ou gastoit ou bien qu'il fust deuore par bestes sauluages, il ne sera mort et perdu pour le locateur, ains pour le locataire mesme, et serat icelui entenu a compenser au locateur son bestail a forme de la premiere taxe ou, si la taxe n'en estoit faicte, scelon la valeur, en quelle il estoit.

[1]) Cf [2]) ADM: vnsorgsame

170a. b) Bei Zufall.

gG 576. 577. t 149a. T 35a. tT 23b. A 55a. C 102. D 23b. M 44b.

Abgang des vichs durch sterbend oder andern vnuerhüetlichen vnual. Gaht das vich ab durch be-

Perte du bestail par maladies ou aultres ineuitables accidents. Si le bestail se perd par maladies euidentes ou aultre

schynlichen vichsterbend oder andern vnuerhüetlichen vnual vssert des empfahers schuld, so ist er nit schuldig, den schaden vnd verlust allein zetragen, sunders wann er das vel oder hut des abgangnen vichs dem lüher in guten trewen vberantwortet,[1] soll er dasselbig abgangen vich gewärt vnd bezahlt haben vnd es diser wys dem lüher abgangen syn.

[1]) C: verantwortet

ineuitable accident sans la coulpe du locataire, il ne serat entenu supporter seul la perte et dommage, ains remettant en bonne foi au locateur la peau du bestail mort et mecheu, il sera rendu et satisfaict et parainsi perdu pour le locateur.

170b. Geltung von Vorbehalten.

t 149a. T 35a. t T 23b. A 55b. C 102. D 24a. M 45a.

Gemeiner anhang zu den lühungen. Verschrybend vnd conditionierend die parthyen ihre lühungen mit anderen gedingen vnd vorbehaltnussen, sollend dieselben statthaben, souer si rechtmässig vnd nit vbernutzlich syend. Hiemit auch by fünfzig pfunden buss verbotten, einich küehen[1]) oder anderes vf das vich zeschlahen, wie vor jahren geschehen.

Commune adjonction aux locations. Les locations estant par les parties reduictes par escript et conditionnees par aultres reserues, icelles auront lieu moyennant qu'elles soyent legitimes et non trop aduantageuses, comme aussi il est defendu soubs le bamp de cincquante florins de tirer graines ou aultre chose du bestail, comme se praticquoit aultrefois.

[1]) A: korn C: kürn D: khorn M: khürn gG und t: wie dann vor jaren etliche in derglychen lychungen sich angemasset. ein määs korns vf jeglichs houpt vech zeschlahen. Entstandenen sonstigen Missbräuchen gegenüber bestätigt die „alte ordnung" ein Mandat vom 27. April 1623 (Mand. Buch III. 501b).

171. Landpacht (admodiation).

gG 578—582. t 149b. T 35b. t T 24a. A 55b. C 103. D 24a. M 45a.

Von admodiationen vnd vorbehaltnussen in den-

Des admodiations et conditions d'icelles. Aux locations

selbigen. In lühungen des erdwuchers vnd früchten, dahär ein contract entspringt den man admodiation [1]) nambset, werdend gewohnlich vorbehebt vngewitter, hagel vnd gefrorst. [2]) Es sye aber vorbehalten oder nit [3]) vnd derselbigen vnuälen einer oder mehr begegnet vnd wideruart, so ist zu vermydung vilerlei gezenks gesatzt, das der empfaher dem lüher vnuerzogenlichest den schaden kund thun vnd denselben durch vnparthysche verständige ehrenleüt [4]) besichtigen vnd by ihren eiden vnd guter gewüssne ohngevar [5]) schätzen lassen solle. Was dann die schatzung bringt, das soll der lüher dem empfaher oder den synen an der versprochnen nutzung oder admodiation desselbigen jahrs [6]) abgahn lassen. Aber vmb ander misgewächs vnd vnfruchtbarkeit oder vnvollkommenheit [7]) der jahren ist der lüher dem empfaher einiche ersatzung zethun vsserthalb synes eignen guten willens nit schuldig, in bedenken das wann der empfaher in guten vnd fruchtbaren jahren etwas fürschutz vnd fürschlags hat, er dem lüher vber die bestimbte admodiation nichts gan oder erschiessen last. [8]) Vnd obschon ein herschaft oder wer es sye vs eigener bewegnus vnd miltigkeit einem admodiatorn etwas nachlast, soll doch solliche gut- vnd freiwillige nachlassung gegen andern lühern

des fruicts de terre, dont procede le contract appelle admodiation, sont coustumierement reserue tempeste, gresle et gelee, mais qu'il soit reserue ou non, suruenant l'vng ou plus des dicts accidents, pour euiter plusieurs disputes, il est ordonne que tout incontinent le locataire doibt notifier au locateur la perte et icelle faire visiter comme aussi taxer par gens d'honneur neutres et de ce entendus par leur serement et bonne conscience sans aguet, et ce que la taxe porterat, deburat estre deduict et defalcque par le locateur au locataire ou es siens a l'admodiation et jouissance promise de ceste annee. Mais pour aultres reserues, sterilites et imperfections des annees, le locateur n'est oblige d'en faire aulcune recompense au locataire, si ce n'est de sa propre et bonne volonte, et ce pour aultant que si le locataire aux bonnes et fertiles annees faict quelque proufit et aduancement, il n'en faict aulcune part au locateur oultre l'admodiation designee. Que si bien que la Seignorie ou quelqu' aultre de son mouuement par benignite quitte quelque chose a son admodiateur ou grangier, telle gracieuse et liberale remise ne doibt estre tiree en consequence et obligation enuers d'aultres locateurs ni en justice ni dehors.

kein volg noch verbindung bringen weder an rechten noch vsserthalb rechtens.

[1]) gG und t: admodiationes der zechenden vnd anderer güteren (ein lehen, mattenzins, zechenden, ynkomen der herschaft, zoll vnd ander herschaftsrecht) allein von wegen des roubs vnd nutzung vmb ein genampte summ korns, habers oder vmb gelt, auch vmb die dritte garb, genant terraige .... (verlychen) sonderbarer wys oder mit dem gemeinen vsruf vnd steigerung dem meerbietenden. [2]) Techtermann in t 149[b] am Rand: miswachs vnd vnfruchtbar jar möchtend zu wytlöufig verstanden vnd an derselben statt gesetzt werden: gefrurst. [3]) Anders, wo Gegenbedingung zu Gunsten des Verpächters. Darüber gG und t: „habend wir, zank vnd mishell zeuermyden, nachuolgenden regel doruf setzen wöllen, namblich, wie ob, das wann der vorbehalt im lychungbrief vergriffen, es by dem blyben vnd beid theil dem nachleben. So es aber nit geschechen vnd ein jeder nach christenlicher lieb syns nechsten schadens noch verderbnus nit begerend, so“ .... Weiter: „was geschetzt syn wird, das sol der lycher den empfaher lassen abzühen .... der lycher hett denn dem empfaher ou alle fürwort die lychung geben, das er des miswachs .... keinen schaden well haben, vnd der empfaher soliche geding angenommen. Da ist der lycher nit schuldig, ime ützit nachzelassen“. [4]) gG: geordneten vnd erkieseten. t: nach gerichtlicher oder schidlicher schatzung. [5]) gG: soneer die .... mit ougenschynlicher vorteilung bescheche, niemend zu nutz vnd trutz. [6]) gG und t: sunderlich, wann dies im letzten jar beschicht oder wann die lychung allein vf ein jar gestellt ist. [7]) Cf | [8]) gG und t: vnd sol dise .. erlüterung gehalten werden für ein gesetz, das wan der buwman oder empfaher der güeteren nit souil frucht vfnimt, als er geseyt oder als er für die lychung versprochen, das es dan für ein vnfruchtbar jar sölle gehalten werden. So aber daruor ein oder meer so fruchtbare ... jar .. gsin werend, das der buwman .... nach würdigung der vorgangnen fruchtbaren jaren vnd der nachgewesnen vnfruchtbaren kein abgang .... sonder meer .... gwins gehept .... vnd also der überfluss voriger zyt das vnfruchtbare jar wol ergetzt, so sol der lycher nit schuldig syn .... nachlassung ze tun .... Doch in disen välen sol man in al weg den guten gemeinen bruch, also das weder der ein noch der ander teil zeuast gedruckt ... werden .., ouch ansechen vnd bedenken.

172. Leihe auf Rückgabe.

g G 583. t 150b. T 35b. t T 24a. A 56a. C 104. D 24a. M 45b.

Von lühung vf widergeben, genant mutuum.[1]) Lühen und fürsetzen vf bestimbte zyt widerzegeben, erstreckt sich vf gold, gelt, frücht, vich vnd allerlei vahrende hab, welche der empfaher pflichtig ist, als auch am rechten erkannt soll werden, vf versprochen zil vnd tag in guten trewen vnd wie er verheissen, widerzegeben vnd zu handen zestellen, sye verschriben oder nit.

De la location a rendre ou prest. Louer et prester pour le rendre a vng terme designe, s'etend sur l'or, argent, fruict et bestail et aultres meubles. Le locataire est entenu, comme il deburat aussi estre congneu en justice, de les rendre et restituer comme il ast promis en bonne foi sur le terme et jour promis, qu'il en soit rescript ou non.

[1]) Dennoch, als ob commodatum, gG: vf widerkeren ein zyt lang lycht .... dem lycher syn pfand vnd gut vfrecht vnd in trüwen vnuersert widerzegeben.

173. Gelddarleihen.

g G 584. t 150b. T 35b. t T 24a. A 56b. C 104. D 24a. M 45b.

Von lühung bares gelts. Gelt wird gelühen vmb zins oder ohne zins vf bestimbte zyt oder öwig, doch mit vorbehalt der ablosung, vnd das vf gemeine verschrybung des schuldners güeteren, welche doch in des schuldners besitzung blybend, so lang er das |hauptgut|[1]) verzinset. Oder wird gelichen vf ligende güeter,[2]) ab welchen der lüher an statt des zinses die järliche nutzung, blumen vnd raub empfacht vnd ynnimbt.

Du prest en denier prompts. L'argent se preste a cens et interest ou sans cens a terme designe ou perpetuellement toutefois auecq reserue de rehemption et ce soubs commune obligation des biens du debiteur si longtemps qu'il paye la cense du capital. Ou bien est preste sur biens gisants desquels le presteur au lieu de la cense en perçoit et retire la jouissance annuelle de la fleur et prinse.

[1]) M: |gut| [2]) gG und t: vf den 17ten tag Aprilis 1575 habend wir nachgelassen, das ein jeder moge gelt vf ligend stucke lyhen doch vf ablosung, oder die vf ablosung koufen vnd die nutzen, ouch nit vnzimblich vnd streflich sye noch dem verköufer zu ver-

derblichem abbruch vnd schaden reiche, wie vnsre ordnung wysen, ouch mit der lütrung, das wo einer gelt vf acker, matten oder ander güeter gelichen hette vmb ein jerliche nutzung des blumens vnd frücht des stucks, die meer bringen möcht dan fünf von hundert, vnd sich der das gelt empfangen, des beschweret vnd dem lyher synen zins wil geben fünf vom hundert. sol der lyher schuldig syn, den zins von ime zeempfachen. So aber sich der lyher des ouch beschwert. das der ander nit by syner lyhung vnd brief blyben wil. so mag der lyher vom andern ouch syn houptgut vnd gelt abuordern vnd diser verbunden syn, ime dasselbig. wie ers empfangen (in gold oder in münz) widerzegeben. Vnd mags ime das recht wol erkennen, diewyl der ander brief vnd sigel nit hat wellen halten.

—

Diese Satzungen in Art. 174 zusammen mit den Art. 132, 138 und 178, enthaltend Verbote gegenüber dem Gültkäufer, einerseits Pfennwerth statt Geld dem Gültverkäufer als Kaufpreis aufzuzwingen, andrerseits dem Gültverkäufer an Zinses Stelle Naturalien abzunehmen, wenn dieser vorzöge 5 % zu geben, beschränken sich gegenseitig durch Aufrechterhaltung von Ausnahmen, die mit Schwankungen im Preis von „bar vnd war“ zusammenhängen.

174. Ausnahmen.

gG 578. 585. t 151ᵃ. T 36ᵃ. t T 24ᵇ. A 56ᵇ. C 101. D 24ᵇ. M 45ᵇ.

Vorbehalt vnd exception vber ein artikel vnd verbott, korngült vnd andere derglychen gült mit gelühenem gelt zemachen oder sunst zekaufen. In hieuor angezogner gemeiner regel vnd verbott[1]) der korngülten, käs-, anken- vnd derglychen zinsen, die villicht mehr dann funf vmb hundert ertragen, sind vsgenommen vnd vorbehalten alle käuf der herren- vnd bodenzinsen, zehenden vnd anderer ligenden güeteren, ablösig vnd nit ablösig, oder die admodiationen, welche

Exception sur la defense d'acquerir censes de bled et aultres semblables auecq d'argent. En la reigle et defense ci deuant alleguee contre les rentes de bled, fromage, beurre et semblables censes qui rapportent peultestre plus que le cinq pour cent, sont exceptes et reserues tous les acquis des censes directes et foncieres, les dismes et aultres biens gisants redimables ou non, et les admodiations, lesquelles auront force et vigueur a forme et au contenu des sceaulx et titres dresses, qu'elles rapportent beaucoup ou peu (prou

ihren bestand lut vnd vermög vfgerichteter briefen vnd siglen haben sollend, ertragend vil oder wenig, minder oder mehr dann funf vmb hundert.

[1]) C: |vorbehalt|

et peu) plus ou moings du cincq pour cent.

---

175. Erbpacht (Emphyteuse).

g G 586. t 152ª. T 36ª. t T 24ᵇ. A 57ª. C 105. D 24ᵇ. M 46ᵇ.

Volget von lühungen under dem hie oben berüerten namen emphyteosis [1]) verstanden. In dem yngang des capitels von lühungen ist angezeigt, wie dero etliche sich erstrecken vf den empfaher vnd syne erben, [2]) die vnder dem nammen emphyteosis begriffen vnd [3]) |gemeint| [4]) seind. Ist ein contract, durch welchen einer syn eigen gut hingibt oder hinlycht, zebuwen vmb ein zins, den der zinsmann vnd [5]) das gut öwiglich dem zinsherrn daruon reichen, der zinsmann die nutzung vnd der zinsherr die eigenschaft des guts behalten thut. Dieselben sind zinslehen vnd erblehen genamset. [6]) Welchermassen aber der zins- vnd lehensherr gegen dem buw- oder [7]) zinsmann, härwider auch der buwmann dem grundherren pflichtig, des hat man ein eigenliche richtschnur by dem vergriff einer vrtheil, die der durchleüchtig fürst vnd herr Albrecht herzog zu Oesterrych, |hochloblicher gedächtnus,| [8]) vnd ihrer fürstlichen durchlaucht| [9]) rhat

Des locations soubs le nom d'emphyteusis. Au commencement du chapistre des locations est dict que d'aulcunes s'extendent sur le locataire et ses hoirs et hoirs de ses hoirs. Ce sont doncques fieds a cense et fieds hereditaires, lesquels sont contenus et comprins soubs le nom d'emphyteusis, qu'est vng contract par lequel on remet et loue a cultiuer son bien propre pour et moyennant vne cense payable annuellement et perpetuellement par le tenementier es biens loues. La jouissance appartient au censier et le seigneur de la cense en retient la propriete. Mais quant au debuoir du seigneur direct enuers le censier et au contre a l'obligation du tenementier enuers le seigneur foncier la reigle asseuree se voit au contenu d'vng arrest et sentence publicquement rendue en ceste ville de Frybourg sur le jour de St. Gall 16ᵐᵉ jour d'octobre en l'an prins apres la salutaire natiuite de nostre Seigneur 1449 par l'illustre Seig-

vber |die [10]) mishälungen, [11]) die sich zwischen den zinsherren vnd buwlüten in diser statt vnd alten landschaft erhebt hatten, an St. Gallen tag |war der sechszehnte tag wynmonats des jahres nach der heilsamen geburt Christi vnseres herren gezalt| [12]) tusend vierhundertvierzig vnd nün, in diser statt Fryburg offenlich vsgesprochen vnd vnder ihrer fürstlichen durchleüchtigkeit handen [13]) insigel verbriefen lassen, welcher vsspruch [14]) sidhär der landbrief genembt vnd bis anhäro |als billich,| [15]) styf vnd stät [16]) gehalten worden, |weshalb nun zu meererem bericht die blosse wort des artikels, in welchem von demselbigen lehen tractieret vnd vsgesprochen worden, allhie begriffen.

Die lautet also: [17])

Vf den artikel, [18]) die beschwärnus vnd drangsal, auch besetzen vnd entsetzen der zinslüt vnd güeter in den gemelten vnsern kreisen gelegen, inhaltend habend wir klag, antwurt, widerred vnd nachred, wie die zu recht gesetzt sind, vernommen vnd hierin eigenlich betrachtet, das vmb gemeines nutz willen, dardurch das land erbawet vnd die güter gebessert werden, im rechten eruunden, das ein handel vnd verpflichtnus, die hin und här wider verbindlich ist, im latin emphyteosis genembt, ist zu tütsch ein zinslehen, darmit ein jeder syn

neur prince Albrecht duc d'Austriche d'heureuse memoire et par le conseil de son illustre excellence sur les differends suscites entre les seigneurs des fieds et les tenementiers de ceste ville et anciaines terres, laquelle il fist reduire par escript soubs son sceaul pendant de son illustre excellence, quelle lettre d'arrest du dempuis est appellee la lettre du pays et ast este jusqu'a present comme equitable fermement et inuiolablement obseruee, dont pour meilleure information les simples mots de l'article auquel fust traicte en sentence d'icelui fied, sont ici comprins.

Comme s'ensuict:

Sur l'article concernant les doleances comme aussi l'institution et demise des censiers es biens existants au predict nostre circuit, nous auons entendu demande, response, replicque et duplicque, ainsi qu'estoient mis en congnoissance, ayant meurement considere que pour le bien commung dont le pays est cultiue et les biens meilleures, ast este controuue et inuente en droict une negociation et astriction obligeante d'vne part et d'aultre en latin appellee emphyteusis et en français vng fied a cense, par quel vng chascung peult admodier et

eigen gut vmb einen zins hingeben vnd lühen mag vnd doch die rechte eigenschaft behalt vnd der zinsmann die nutzung vmb den zins den er |vnd|[19]) das gut öwiglichen daruon reichen vnd zinsen, auch den nicht versitzen[20]) soll. Er soll auch das gut selbs besitzen, bessern vnd nit[21]) kränken noch darus oder daruon entfrembden, versetzen, verkaufen oder theilen noch vberzins daruf machen ohne synes zins- oder lehensherren wissen vnd willen. — Vnd wann ein bawmann das gut also in ehren |halt|,[22]) so soll noch mag der von natur des benannten hinlass, emphyteosis genannt, also besitzer ist, daruon nit gestossen noch zu höherem zins getrungen werden. Vnd erbt auch von einem erben vf den andern in allen obgeschribnen rechten. Doch soll ein erb vf den andern |von einem zinsherren vf den andern|[23]) das gut in jahrsfrist bestahn vnd einen ehrschatz nach gewohnheit[24]) darumb geben. — Wär auch, dass ein bawmann syn besserung vf dem gut verkaufen wollt, das mag er thun. Doch soll er das dem herren vor anbieten vnd ob der mit ihm nit einig werden möchte, so mag er es einem synem genossen, darmit das gut versorgt ist, verkaufen. Doch so hat der herr die wahl, den kauf zebehalten, vnd soll ihme |dann|[25]) etwas |neher|[26]) ge-

remettre son bien propre pour vne cense en retenant la vraie propriete et le censier la jouissance que lui et le bien doibgent desliurer et payer annuellement sans obmission. Il deburat aussi lui mesme posseder le bien, le meliorer et non diminuer, d'icelui enmener, engaiger, vendre ou partir aulcune chose ni le charger d'aultre cense sans le vouloir et consentement du seigneur direct. Et si le censier entretient et maintient le bien en tel bon estat, celui qu'est ainsi possesseur de nature de dicte remise nommee emphyteusis, ne pourrat estre priue ni deboute ni compelli a plus grande cense. Et il s'herite de l'vng des hoirs a l'aultre. Toutefois l'vng des heritiers apres l'aultre en tous les droicts debura receuoir le bien dans vng an de l'vng des seigneurs directs a l'aultre et lui payer la reprinse selon la coustume. Et en cas le censier voulust vendre la meliorance du bien, il le pourra faire. Toutefois il la doibt en premier presenter au seigneur. Et ne pouuant tomber d'accord auecq lui, il la pourra vendre a l'vng de ses compagnions qui pouruoie le bien. Toutefois le seigneur ast le choix de tenir telle vendition laquelle lui sera laschee a moindre prix qu'a vng aultre. Mais ne la voulant retirer, il la debura louer et laisser en son estre moyennant une re-

lassen werden, dann dem andern. Will er aber den nit behalten, so soll er denselben lühen auch vmb einen ehrschatz vnd blyben lassen, als oben vermerkt ist. — Wär auch, das ein |bawmann[27] vil kind verliesse, so sollen sie sich des vereinen vnd dem herren des guts vnder ihnen einen tragern[28] geben, darmit das gut versorget sye vnd daran der herr ein billich benüegen habe, demselben auch der herr vmb einen billichen ehrschatz also lühen soll. — Ob aber ein zinsmann das gut vfgeben wollte, das mag er thun nach des lands gewohnheit vnd härkommen. Wollt aber der zins- oder lehenherr das gut selbs besitzen, so soll er dem bawmann oder synen erben syn besserung, so er daruf hat, nach erkanntnus erbarn vnd gemeiner lüten, der si sich dann vereinen, vorhin bezahlen. Wär auch sach, dass derselb zins- oder |lehensherr|[29] solich syn gut wider hinlassen wöllt, so soll er das dem benannten bawmann oder synen erben für ander in dem zins, als vor, widerumb lassen. — Doch ob das der zins- oder lehensherr darzwischen |icht|[30] gebessert hat, das soll ihm der bawmann auch nach erkanntnus, als vorsteht, zusampt dem andern, so er vmb syn besserung empfangen hat, bezahlen. Vnd also sprechen vnd erkennen wir zum rech-

prinse comme sus est remarque. Aduenant qu'aulcung censier delaissant plusieurs enfants, iceulx se deburont entr' accorder et entre eulx presenter vng porteur de la cense au seigneur qui s'en puisse contenter et que le tenement en soit pourueu, auquel le seigneur, moyennant vne reprinse raisonnable, deburat ainsi louer. — Et si vng censier vouloit quitter le bien, il le pourra faire a la coustume et vsance du pays. Mais en cas le seigneur direct ou de la cense vouldroit mesme posseder le bien, il deburat auant bas payer au censier ou a ses hoirs le meilleurement qu'il auroit dessus, au dict et congnoissance de gens d'honneur desquels ils s'entre accorderont. Et si par apres tel seigneur direct vouldroit de rechef louer tel son bien, il le deburat auant aultres laisser au premier censier ou a ses hoirs et ce pour la premiere cense. Toutefois si le seigneur auoit faict quelque meilleurement, le censier la lui debura payer et restituer a la congnoissance predicte auecq ce qu'il auroit ci deuant reçeu pour son meilleurement. Et ainsi congnoissons nous de droict que ce qu'est deuant escript, doibt estre d'ores en auant perpetuellement obserue entre les seigneurs des fieds ou des censes et les censiers, si ce n'est qu'au parauant ils en eussent faict ou reseruas-

ten. das [illegible] geschriben staat, zwischen den zins- oder [illegible] und den zinslüten [illegible] gehalten soll werden, es wird dann [illegible] zwischen ihnen [illegible] gemacht oder hinfür darumb gemacht werden. Darby soll es auch bliben.

[illegible]

[illegible]

Das sind [illegible] gemeint [illegible] sampt [illegible] in dem artikel der [illegible] verstand [illegible] des Landbriefs also [illegible] etlich edel und [illegible] frauwenlechen [illegible] aber wir noch [illegible] haben als [illegible] landlüt von [illegible] von Tierstein [illegible] geben über [illegible] erlegen und [illegible] des landes [illegible] oder zaler [illegible]

---

176. Erläuterungen dazu.

a) Allgemeiner Art.

gG 5[illegible], 3[illegible], 15[illegible], T 3[illegible], T 2[illegible], A [illegible], C [illegible], D 2[illegible], M [illegible].

Volgt ein erlüterung über etliche hauptpuncten des landbriefs.[1]) Vs ob beschribnen [2]) worten soll menniglichem, besunderlich aber jedem zins- oder lehen-

Desclairation de quelques articles en la lettre du pays. Des mots deuant escripts vng chascung principalement chasque censier ou tenementier doibt sçauoir que ce mot propre ou

mann zewissen syn|,[3]) das das wort |eigen vnd|[4]) eigenschaft dem zins- vnd lehenherrn zugibt den grund vnd boden des lehenguts vnd das der zins- vnd bawmann anders nichts daran hat dann die frucht vnd nutzung des guts vnd was er daruf erzühen vnd erbesseren mag, vmb welches er dem herrn den zins, sye an |gelt,[5]) korn oder anderen dingen|[6]) geben vnd jährlich vf den zinstag vnd den ehrschatz zu syner zyt in des herren hand bringen vnd derhalben der herr nit schuldig syn soll, denselben by dem bawmann zesuchen. — [7])Demnach hat sich der bawmann vlyssig zeerinnern, das wann er sich in erstattung syner pflicht |gegen synen lehenherren|[8]) sumig erzeigt oder vinden lasst, er der entsatzung synes lehens zegewarten. Da aber der lehenherr, im val er etwas darwider handlete, syn eigenthumb daran nit verwirken noch verlieren mag. Er soll aber dem landmann den kosten vnd schaden, der ihme durch versumbnus vnd nithaltung des gedings vfwachsen |oder begegnen|[9]) möchte, abtragen vnd mit den rechten dazu gehalten werden. — [10])Verner soll der bawmann wissen, das wann er das lehengut nit selbs besitzt noch bawt, sunders einem anderen ohne des lehenherren gunst vnd verwilligung v̈bergipt, dessglychen auch wann er syn lehenrecht

propriete attribue au seigneur le fond ou terre du fied et que le censier ou tenementier n'en ast aultre chose que le fruict et la jouissance et ce que qu'il peult la dessus esleuer (nourrir et meliorer), pour quel il doibt annuellement sur le jour establi payer au seigneur la cense soit en argent, graines ou aultre chose comme aussi la reprinse en son temps et le tout rendre en la maison du seigneur sans que le seigneur soit tenu chercher vers le censier. — Pour le second le censier se doibt diligenment souuenir que si en l'execution de son debuoir enuers son seigneur il se monstre ou trouue negligent, il ast a attendre la demise ou priuation de son fied, au lieu que le seigneur direct, encourre qu'il contreuiendroit quelquement, ne peult pourtant perdre sa propriete, mais il debura supporter au paysant les costes et dommages que lui pourroient suruenir et arriuer par negligence ou nonobseruation des conditions qu'il deburat a ce estre par droict compelli. — En oultre le tenementier doibt scauoir que s'il ne possede ni cultiue lui mesme le fied, ains le remet a aultrui sans le vouloir et consentement du seigneur direct, de mesme quand il presenteroit et vendroit plustost a vng aultre son droict de fied et meilleurance qu'au seigneur direct, il contreuiendroit a la lettre du pays et

[illegible]

[illegible]

177. [illegible]

[illegible]

[illegible]

Sanderbare [illegible] gen vnd [illegible] dem lan[illegible]. Erstlich [illegible] der besserung. [Da[illegible] liebem [illegible], was vnder dem wort [illegible] besserung, so ein [illegible] zeuerkaufen, dem herren anzetragen, oder ein newer [illegible]mann, auch der herr dem lehenmann[2]) vermög des landbriefs zeersetzen vnd bezahlen hat, ist vf den zehenden tag hornungs fünfzehenhundert sechs vnd dryssigisten jahres der geburt Christi vnsers herren][3], dise lüterung gegeben worden, das namblich für besserung geacht vnd durch die gmeind vnd schidmänner geschätzt

[illegible] la lettre du pays ou bien qu'vng nouueau tenementier doibt payer ou restituer au seigneur ou bien que le seigneur doibt au censier, le 18 du januier 1536 apres la natiuite de nostre Seigneur fust donnee la declairation suiuante, que pour meilleurance doibt estre repute et par les arbitres taxe tout ce qu'auroit este faict, repare et meillore en la maison, grange, estables, hayes, ages, arbres et aultres

werden soll, was an der behusenschaft, schüren, ställen, [zünen, hägen, beümen vnd zwigen, auch mit][4]) vsrütten vnd äferen an dem gut erbesseret vnd gemacht worden ist.

du tenement comme aussi en nettoyant es esserts.

[1]) Im Datum stimmen im Gegensatz mit unserm französischen Text alle Handschriften unsers deutschen Textes zusammen. [2]) gG und t: das in solichem bezug des lechens beid teil vf den lychungsbrief lendten. [3]) A D: [vf den 10. tag februarii 1536 ist der besserung halb] [4]) C f []

---

178. 2) Einleitung des Besserungsverkaufs.

g G 590. t 153b. 157b. T 38a. t T 25b. A 59b. C 110. D 25b. M 48b.

Wie ein lehenherr den kauf der besserung zenemmen hat. Wann [dem lehenmann die besserung veil ist vnd er sie dem herren][1]) anbietet, darmit der lehenmann nit lang vfgehalten werde, ist gesetzt vnd geordnet, das der zinsherr in dem val nit meer dann zwen monat zils haben solle, sich zeerlüteren, ob er den kauf annemmen wölle oder nit. Will er den annemmen, so soll er dem zinsmann syn gelt in jahrsfrist erlegen. Will er aber den kauf nit bestahn, mag der zinsmann den geben wem er will, oder an der gant verkaufen, doch dem herren syn recht vnd eigenschaft in all weg vorbehalten. Alldann soll der herr den kauf ohne yntrag beschechen vnd fürgahn lassen, den er doch in tags- vnd jahrsfrist,[2]) von dem beschluss vnd

Comme le seigneur direct peult prendre la vendition du meilleurement. Si le tenementier veult vendre la meliorance la presentant au seigneur, aux fins il n'y soit longtemps retarde, ast este ordonne et establi que tel cas aduenant le seigneur direct ne peult auoir que deux mois a se declairer s'il veult accepter la vendition ou non. L'acceptant il debura desliurer au censier dans vng an son argent. Et ne la voulant retenir le censier la pourra vendre a la crie ou a qui lui plaira, en reseruant tousjours les droicts et la propriete du seigneur lequel alors sans difficulte debura laisser faire et passer la vendition, laquelle toutefois il pourra retenir et prendre dans vng an et jour a compter dempuis la conclusion (de la pasche) et commandement des lettres de vendition.

verbriefung des kaufs zezellen, zebezühen vnd zenemmen befüegt ist.

[1]) A: [der lehenmann dem lehenherrn die besserung] [2]) gG: obwol im landbrief dem herrn kein zil gestimbt ist, das er den kouf nemmen sol oder möge, haben wir doch, ein richtigkeit vnder den partyen zemachen, geordnet.

---

179. 3) Preis der Verkaufzulassung.

t 157b. T 38b. tT 25b. A 60a. C 111. D 25b. M 48b.

Wann ein lehenherr verwilliget, das gut souil es gelten mag ohne schatzung der besserung zeuerkaufen. Lasst ein lehenherr den verkauf vnd kauf in obbestimbter zyt hingahn, so ist der verkäufer nit destoweniger schuldig, dem herren den zehenden theil der kaufsumm zukommen zelassen zu einer erkanntnus vnd in bedenken des, das der herr verwilliget hat, den verkauf vnd kauf zethun, |ja im val er verwilligete, denselben hinzegeben vnd zethun,|[1]) so hoch als er gelten mögen, vnd die besserung nit abschätzen lassen noch ihme vsgedingt, dasselb nit höher zeuerkaufen, dann wie der lehenmann darauf ist kommen, wie dann ein lehenherr thun mag.

[1]) A D f

Quand le seigneur direct permet de vendre le bien aultant qu'il peult valoir sans taxe du meilleurement. Le seigneur direct laissant passer la vendition et acquis sans la retirer dans le terme predict, le vendeur sera neantmoings entenu laisser paruenir au seigneur direct la dixiesme part du prix de la vendition pour vne reconnaissance et en consideration qu'il ast permis la vendition et acquis, oui s'il permet le remettre et aliener au plus hault prix qu'il pourra valoir sans taxe de meilleurement ni reserue qu'il ne la vende plus hault que le censier est venu dessus et l'ast alberge, ce qu'vng seigneur direct peult faire.

180. 4) Ehrschatz (laudemium, laud, lod, lob).

gG 586. t 153a. T 38b. tT 25b. A 60a. C 111. D 26a. M 49a.

Von dem ehrschatz. In disen landen ist ein ehrschatz zum höchsten souil, als ein

De la reprinse. (La reprinse) en ce pays au plus hault est aultant comme la double cense

dopleter oder zwifacher jahrzins, den man ab dem lehengut dem lehenherren schuldig ist zerichten in välen wie ob.[1]

d'vne annee laquelle on doibt satisfaire du fied au seigneur direct en cas predesigne.

[1]) Das Genauere über „lobpflicht," deren Umfang, Controle und Geltendmachung giebt gG 337—340.

181. 5) Eingang (introitus).

gG 594. t 155ᵇ. T 38ᵇ. tT 26ᵃ. A 60ᵇ. C 111. D 26ᵃ. M 49ᵃ.

Von dem yngang. In den alten satzungen geschiht auch meldung des yngangs, welcher dem lehen- oder bawmann zuglych als die besserung in obberüerten välen zeersetzen staht, vnd würd vnder disem wort verstanden ein summ gelts oder geltswerth, mit welchem der lehenmann oder syne vorderen vf das gut kommen sind. Das ist aber der bawmann zeerwysen vnd zeerzeigen schuldig.

De l'entrage. Aux anciains statuts est faicte mention de l'entrage que doibt estre restitue au censier ou tenementier aussi bien que le meilleurement aux euenements predicts. Par ce mot est entendue une somme d'argent ou la valeur auecq quelle le tenementier ou ses predecesseurs sont venus sus et ont alberge le bien, laquelle le censier est tenu de faire paroir et verifier.

182. 6) Böserung.

gG 592. t 156ᵃ. T 38ᵇ. tT 26ᵃ. A 60ᵇ. C 112. D 26ᵃ. M 49ᵃ.

Von der |beserung|[1]) oder minderung eines lehenguts. Wann ein |lehen- oder|[2]) zinsmann das lehengut vfgibt, hat der herr auch gewalt, wann er will, dasselbig abschätzen zelassen, zewissen, ob es gemeeret oder gemindert sye, vnd so sich die minderung daran beuindt, mag er von derselben wegen vf des bawmanns blumen, so er daruf gehebt, vallen vnd sich mit recht vnd vergantung desselbigen bezahlen lassen.

De la mieulxuaillance ou diminution du fied. Quand vng censier quitte et habandonne le fied, le seigneur, s'il veult, ast pouluoir de le faire taxer pour scauoir s'il est augmente ou diminue, et se trouuant en icelui quelque diminution, il pourra pour icelle saisir les fleuries d'icelui appartenantes au censier et d'icelles en retirer son payement par droict et subastation.

[1]) A C D: besserung M: |böserung [2]) A D f.

183. 7) Kündigungsfrist für die Erbpächter.

gG 589. t 154b. T 39a. t T 26a. A 60b. C 112. D 26a. M 49a.

In was zyt ein lehen soll vfgegeben werden. Welcher bawmann synem lehenherrn das lehen vfgeben will, der soll es thun eintweders vf den zinstag, wann er ihme den zins zahlet, oder nachdem der blumen vfgehebt syn würd.

En quel temps le fied doibt estre habandonne. Le censier voulant quitter au seigneur direct le fied, le debura faire sus le jour qu'il payera la cense ou bien apres que les fleuries seront recueillies.

---

184. 8) Erbpachtveränderungen ohne den Obereigentümer.

gG 221. 602—604. t 155a. T 39a. t T 26a. A 61a. C 112. D 26a. M 49b.

Wider das verkaufen vnd kaufen, versetzen vnd veränderen der lehengüter ohne der lehenherren wissen vnd willen. Damit nit allein der landbrief desto bas gehalten vnd die lehengüter lut vnd vermög desselbigen zum besseren wesen geschirmbt, sunders auch die frondienst vnd fürinen, die man der statt schuldig ist, vor abgang verhütet werdind, so ist etlichen alten satzungen des 17. Merz 1546 vnd 20.[1]) Febr. 1554 gemäs entlich[2]) geordnet worden,[3]) das welcher von dem lehengut entfrembdet, versetzt, verkauft, v̈berzins daruf macht, verschrybt oder verbürgschaftet ohne synes lehenherren willen, vnd von demselbigen darumb fürgenommen vnd anklagt würd, der solle angehends in geuenknus gelegt, drei tag vnd drei nächt darinnen gehalten vnd nit vsgelassen werden, er habe denn der statt zehen pfund, der fabrik St. Niclausen

Contre les vendilions, engaigements et changements des fieds sans le vouloir et consentement des seigneurs. Pour non seulement tant mieulx obseruer la lettre du pays et au contenu et a forme d'icelle maintenir les fieds en meilleur estat, ains aussi pour euiter la diminution des charrois et coruees dheues a ceste ville conformement a certains anciains statuts du 17 mars 1546 et 26 de feurier 1554 fust enfin ordonne que quiconcques aliene, desrobe, engaige, vend, charge de cense, oblige ou fiance quelque chose du fied sans le vouloir du seigneur direct, estant icelui actionne et accuse, icelui debura tout incontinent estre mis et illec destenu en prison trois jours et trois nuicts sans estre lasche qu'il n'aye paye a la ville dix florins, a la fabrique St. Nicolas dix florins et aultant d'offence au seigneur direct, et le censier serat encourre en-

zehen pfund vnd dem lehenherren auch zehen pfund zu |rechter|[4]) buss erleget, vnd ist der zinsmann darby pflichtig, das stuck in dreien darnach volgigen monaten wider zelosen vnd also das gut zeergenzen. Wo das nit beschicht, so hat der lehenherr gewalt, ihne des lehenguts zeuerstossen vnd es zu synen handen zenemmen.

tenu dans trois mois secutifs de desgaiger la piece et par ainsi reintegrer le bien; si moings, le seigneur direct ast puissance de le dejecter du fied et icelui retirer a ses mains.

[1]) Sowohl gG (603) als alle übrigen Handschriften haben 26. Febr. [2]) A D f [3]) t: damit nit allein die lehen [sunder auch frye, ledige vnd eigne güeter, wozu am Rand Techtermann: omissum ceu heterogeneum] in besserem wesen vnd eeren erhalten, ouch die frondienst vnd furinen, so die landlüt ab den güetern der statt schuldig, nit zu abgang komind, ist vf den 26. febr. 1554, einer vorgeenden satzung de 17. Mart. 1546 gemes, vor meererem gwalt, dahin dan etliche zwüschen den lehenherren vnd lehen- oder zinslüten damals schwebende spän gebracht wurdend, ein für alle mal geordnet worden. [4]) C f |

185. Vorsichtsmassregeln gegen einseitige Veränderungen.

t 155ᵃ. T 39ᵃ. t T 26ᵃ. A 61ᵇ. C 113. D 26ᵃ. M 49ᵇ.

Verbot der pactungen mit lehen-, baw- oder zins·[1])lüten. Mit glycher geuangenschaft vnd buss soll auch ein jeder gestraft werden, der mit dem lehenmann ohne willen des lehenherren pactiget, er möge dann by synem eid erhalten, das er nit gewüsst habe, das es ein lehen sye, er sye dann ein frembder, welcher derselbigen straf soll vberhebt vnd erlassen syn. Darumb soll auch ein jeder burger, welcher von einem landmann vmb gelt oder waar vnd kaufmannschatz vf borg angesucht vnd ange-

Defense des pasches auecq les censiers et tenementiers. Le mesme chastiement d'offence et punition doibt subir celui qui pasche auecq le censier sans le sceu du seigneur direct, si ce n'est qu'il soutienne par serement n'auoir sceu qu'il fust vng fied ou bien que ce soit vng estrangier lequel sera quitte et exempt de tel chastiement. Parainsi vng chascung qui sera recherche et sollicite par vng paysant pour de l'argent ou marchandise a credit, se debura premierement enquerir, si tel paysant ast

sprochen würd, zuuor erkunden, ob der landmann einen lehenherrn habe vnd wer der lehenherr sye, vnd es ihme anzeigen, auch desselbigen willen vnd meinung vor allen dingen eruahren.

vng seigneur direct, et quel il est, et le lui remonstrer aussi deuant toutes choses en entendre son opposition.

[1]) Cf

186. Erbpachtgüterzerschrenzung.

15. Juli 1558.

g G 588. 591. t 155b. T 39b. t T 26a. A 61b. C 114. D 26b. M 50a.

Ordnung zu dem artikel des landbriefs betr. den lehentrager vnd das man das lehengut nit theilen soll. Zu dem das der landbrief vermag, das der lehenmann noch die synen das lehengut nit theilen sollend, welches dann syn stäte kraft haben soll, ist den fünfzehenden tag heüwmonats tusentfünfhundertachtvnd fünfzigsten jahrs des herren dazu gesetzt vnd geordnet worden, das die lehenherren ihre lehengüter auch nit sollen theilen lassen.[1]) Es mag aber ein lehenherr synes lehenmannes erben die gnad thun, das si mögend vnder ihnen das gut dergestalt theilen, das jeder wisse, welche stuck er buwen vnd in ehren halten solle, vnd das damit das ganz gut dest bas gebuwet werde. Das gut soll aber nit darumb ein zertheilt, sunders ein ganz [2]) lehengut heissen. Dann alles mit einanderen dem herren lut des landbriefs verpflicht vnd syn eigen syn, auch alles vmb den zins, den der trager dem

Concernant le censier et de non partir le fied. Oultre ce qu'est defendu par la lettre du pays que le censier ni les siens ne doibgent partir le fied, ce que doibt continuer et rester en sa force, le vingt quatre[5]) jour du juillet mil cincqcent cincquante et huict ast este adjoinct et ordonne que les seigneurs directs ne doibgent aussi permettre le partage de leurs fieds. Mais vng seigneur direct peult faire ceste grace aux heritiers de son censier qu'ils puissent entr'eulx partir le bien de telle façon qu'vng chascung sçache quelle piece il ast a cultiuer et maintenir, et ce aux fins que le toutage du bien soit de tant mieulx cultiue et maintenu. Le bien pourtant ne serat appelle vng fied diuis, ains entier, et le toutage sera conjoinctement oblige au seigneur et sera sien propre comme aussi sera tout oblige pour la cense que le tenementier deburat annuellement payer au seigneur direct, laquelle cense les aul-

lehenherren jährlich zerichten hat, pflichtig,[3]) welchen zins des tragers[4]) mitzinser sollen helfen abtragen, jeder nach anzahl synes theils des guts. Vnd ist doch der herr nit schuldig, von jedem ein theil des zinses zeempfahen, sunder allein von dem träger.

tres heritiers deburont aider a supporter et contribuer vng chascung a proportion de sa part du tenement sans que le seigneur soit entenu recepuoir d'vng chascung sa part de dicte cense, ains seulement du porteur principal de la cense.

[1]) T fügt ein: Vnd wan schon ein lehenman sich gefryet hat oder sich vnd das gut noch fryen wurde, sye er doch nit befüegt, solich syn gefryet gut anderst dan ganz zeuerkoufen vnd nit by stucken, vnd das by XXX ℔ buss zehanden der statt, der fabrik St. Niclausen vnd des lehenherren abzeteilen, obschon dem landman zugelassen wer, vf syn befryet gut in beschynlicher notturft gelt oder geltswert vfzebrechen. Am Rand: correctio d. d. deputatorum: frye güeter mogen in teilungen oder anderer gstalt verteilt werden. Und in tT sagt eine Randnote zu der Ueberschrift dieses Artikels schüchtern: Dem landbrief fast zuwider. [2]) A D: |zerteilt, sonders darumb ein ganz' M: ¦zerteilt, sonders ein [3]) A C D M z: syn. [4]) Des Tragers weitere Pflichten erwähnt gG 591: vnd wan in dem (wohl eher, von jedem), der ein theil nit recht buwen wurde, sol der trager verbunden syn, darfür red vnd antwort zegeben vnd den abgang abzetragen. Vnd mag der lehenherr demselben syn teil verbieten vnd dem trager vbergeben. [5]) Die deutschen Entwürfe und Abschriften stimmen überein auf den 15. Juli.

187. Hinterlegung des Erbpachtzinses.

t 157ᵃ. T 39ᵇ. tT 26ᵇ. A 62*). C 114. D 26ᵇ. M 50ᵃ.

W i d e r g e u a r l i c h k e i t e i n e s l e h e n h e r r e n, d e r d e n z i n s n i t e m p f a h e n w ö l t e i n g e b ü r e n d e r z y t. Wann ein zins- vnd lehenherr sich geuarlichen abschlags vnd nit empfahung des zinses in gebürlicher zyt gebruchen wölte vnd darmit füeg suchen, den buwmann des guts ze- ¦uerschüpfen,| [1]) ist dise fürsehung

Quand le seigneur ne veult recepuoir la cense en temps dheu. Quand le seigneur direct ou foncier se vouldroit seruir d'vng refus aduantageulx de non recepuoir la cense en temps dheu, cherchant par cela pretexte pour debouter et dejecter le tenementier du bien, ast este pourueu en quel cas le censier doibt mettre et

*) Nur die Ueberschrift von 187 mit dem nachfolgenden Art. 188.

beschechen, das in solchem val der buwmann den zins hinder die oberkeit |legen|[2]) solle. Darmit soll ihme des zinses halb kein schad an dem lehen |begegnen.|[3])

depositer la cense riere le magistrat, et cela faisant ne pourra lui estre imputee aulcune coulpe ou manque de la cense pour le fied.

[1]) C: |vberschimpfen| [2]) C: |setzen| [3]) C: |beschehen|

---

188. Rechtsfolgen später Entschliessung des Obereigentümers.

g G 590. t 153[b]. T 40[a]. t T 26[b]. C 115. D 26[b]. M 50[b].

In geuarlicher verwylung eines kaufzugs der besserung. Wann ein[1]) lehenherr |den|[2]) kaufzug der besserung geuarlicher wys verwylete bis vf den letsten tag des zils, so jahr vnd tag inhalt, ist der käufer nit destweniger befüegt, vf das gut zekehren vnd es zebuwen, es lasse es ihme dann der herr ordenlich durch einen amptsmann verbieten. Vnd wann der herr so lang wartet, so soll er dem käufer allen synen angewandten kosten, |mühe vnd|[3]) arbeit nach erkantnuss vnparthyscher ehrenlüten also bar bezahlen oder ihme den blumen oder nutzung des jahrs werden lassen, desglychen ihme, im val der herr nit angehends mitthuyendem verbott[4]) |nit|[5]) zuge vnd der käufer hardurch zu schaden käme, den schaden ersetzen oder durch den zins der vsgegebenen kaufsumm nach erkanntnus eines ehrsamen rhats oder gerichts vsrichten,[6]) doch hierinnen vorbehalten, das wann der kaufzug also über jahr vnd tag

Retardement aduantageux en la proximite de la meilleurance. Si le seigneur direct retarde aduantageusement de tirer le marche de la meilleurance jusques au dernier terme conteneu en l'an et jour, l'acquisiteur se pourra neantmoings transporter sur le tenement et le cultiuer, si ce n'est que le seigneur lui en fasse formelle defense par vng officier. Et quand le seigneur direct retarde si long temps, il doibt toutincontinent payer a l'achepteur les coustes, mises, peines et labeurs au dict et congnoissance de gens d'honneur non partials, ou bien lui laisser paruenir la fleur et jouissance de ceste annee. Tout de mesme en cas le seigneur ne tirast tout incontinent le marche en faisant la defence et que l'achepteur en eust de la perte, il sera tenu de la lui rembourser ou bien l'interest du prix capital desliure a la congnoissance du conseil ou de la justice; reserue en ceci, si la proximite estoit retardee plus d'an et jour a l'occasion d'vne

verwylt wurde vs vrsach das der lehenherr vnd der käufer darumb in rechten vnd der handel noch nit vsgangen wäre, so soll dasselbig dem lehenherren nit schaden.[7])

conteste et proced suruenu et non encourre decide entre le seigneur direct et l'achepteur. Cela ne debura porter perte ou prejudice au seigneur direct.

[1]) Az: lehenmann oder [2]) M: ein| [3]) Mf [4]) gG: wo aber ouch dem köufer, wie ob, verbotten worden, das gut nit zebuwen noch daruf zekehren, vnd der lehenherr doch das gut nit angehends nemmen, sonders warten wurde bis vf den letsten tag, wie ob, so der köufer etc. . . . t: . . . werden lassen [gestr. vnd ist der zinsman] ime, ouch im val der herr den kouf angehends mit dem verbott nit zuge . . . . (am Rand Techtermann: möchte villicht erspart vnd vnder dem vorgehenden puncten gnugsam verstanden werden) . . . T: . . . werden lassen, dessglychen ime, im val der herr den kouf **nit** angehends mit thuyndem verbott nit zuge . . . tT: . . . werden lassen, dessglychen ime, im val der herr den kouf nit angehends mit thuyndem verbott [gestr. nit] zuge . . . [5]) Mf | [6]) Von hier an Zusatz von T. [7]) gGz: Doch (t: in disen välen) ist der zinsman ouch pflichtig, den blumen vnd futter, so daruf gewachsen ist, vf dem gut zeueretzen vnd den buw daran zekeren vnd nit darab zefüeren.

---

189. Verfahren bei Ausweisung des Erbpächters.

gG 593. 600. t 156b. T 40a. tT 26b. A 62b. C 115a. D 26b. M 50b.

Wie es ergahn soll, wann ein lehengut von des lehen- |oder buw-|[1]) manns schulden wegen vfgesaget würd. Würd ein lehengut |von des zins- vnd|[2]) lehenmanns schulden wegen vfgegeben oder aber verpfändt vnd nach der statt recht possediert, namblich sechs wuchen vnd drei tag, vnd sich ein besserung daruf befindt, so soll der lehenherr selbige auch abschätzen lassen lut vnd vermög des landbriefs. Will er dann dieselbige behalten, so soll er das gelt dem gelten oder

Quand le fied est habandonne pour les debtes du tenementier. Estant le fied habandonne ou subaste et scelon le droict de ceste ville possede six sepmaines et trois jours pour les debtes du censier et tenementier et qu'il y apparoisse quelque mieulxuaillance, le seigneur la fera taxer a forme et au contenu de la lettre du pays, et, la voulant tenir, il desliurera l'argent pour estre distribue aux creanciers a l'ordonnance des deputes du magistrat. Mais ne voulant icelui tenir la mieulxuaillance,

gläubiger erschiessen lassen.[3]) Will er aber die besserung nit behalten, so mögind die gelten selbige angryfen,[4]) vfs theürist müglich verkaufen [5]) vnd dem mehrbietenden vbergeben vnd[6]) sich also darus zahlen sowyt müglich.[7]) Es mag auch in solchem val der lehenherr das gut wieder verlyhen, wem er will, ohne des gewesnen zinsmanns vnd syner kinden yntrag.

les crediteurs s'en pourront saisir, la vendre et remettre au plus cher et plus ouffrant et en tirer leur payement en tant que faire se pourra. En tel cas le seigneur direct pourra accenser et realberger le fied a qui bon lui semblera sans opposition du jadis censier et de ses enfants.

[1]) Cf [2]) A: vf des [3]) A C D M z: nach ansehen der obrigkeit. A D: (oder dero) verordneten vszetheilen. add. gG und t: vnd dessen vsrichter syn; wozu am Rand: corrigatur ratione domini distributoris. [4]) M: (pass.) angriffen werden. [5]) M: (verkauft [6]) Mz: sie. [7]) gG und t: doch alweg mit dem anhang, das futter vf dem gut geetzt vnd der buw darab nit gefllert, sonder do gelassen werde.

190. Pfändung des Erbpächters.

26. Februar 1554.

gG 604. 614. t 50b. 51b. T 40b. t T 27a. A 63a. C 116. D 27a. M 51a.

Des lehenherren recht in pfandungen. Ein jeder zinsherr [1]) mag pfänden vf synem zinsgut [2]) ohne erloubtnus [3]) des schultheissen. Vnd wann ihme der zinsmann das pfand entwehrt oder versagt, [4]) so soll [er][5]) ihne mit recht fürnemmen vnd ihme ab dem gut bieten lassen by den bussen, die gewohnt sind. Vnd so sich befindt, das der zinsmann [6]) mit vnrechten das pfand versagt, soll er syn vnrecht büessen mit dreien, sechs vnd nün pfunden buss, wie ihme gebotten worden, den halben theil dem lehenherren vnd den andern halben theil

Droict du seigneur direct es gaigements. Chasque seigneur direct peult gaiger sur son fied sans licence de l'aduoyer. Et si le censier refuse les gaiges, il l'actionnera par droict, lui faisant faire commandement de quitter le tenement soubs les offences accoustumes. Et se trouuant que le censier aye refuse les gaiges a tort, il en amendera les offences a lui imposees de trois, six ou neuf florins, la moitie au proufit du seigneur direct et l'aultre moitie a la justice. Et par apres habandonnera le fied ou tenement.

Estant vng censier pour ses

dem gericht, vnd demnach ab dem gut züchen.

Würd ein lehenmann von schulden wegen von anderen gläubigern gepfändt, [soll die pfandung mit des lehenherren willen beschehen. Gaht aber die pfandung ohne syn wissen vnd willen für][7] besunderlich vf den lehengüetern, so soll die pfandung nichts gelten weder vor rhat noch gericht.[8]

Ob er schon auch in die pfandung willen gibt, mag er syn recht vnd gerechtigkeit, zinsherrlichkeit vnd eigenschaft[9] vorbehalten vnd soll der weibel dasselbig dem landschryber angeben vnd in die remissiv vergryfen lassen.

Wann einem lehenherren von dem[10] gläubiger anzeigt würd, wie vnd was der zinsmann ihme schuldig ist, so soll der lehenherr den lehenmann anhalten, den gläubigern zezahlen vnd das lehen zeledigen in nächster monatsfrist.[11] Thut er das nit, so soll der lehenherr dem gläubiger erlauben, das vahrend gut zem ersten zepfänden, demnach die bessere. In dem val mag auch der lehenherr dem zinsmann die buss abnemmen vnd ihne entsetzen lut vnd vermög des landbriefs.

debtes gaige par d'aultres crediteurs, tel gaigement se faira par le vouloir du seigneur direct. Mais si les gaigements estoient faictes a son insceu et contre son vouloir, ils seront inualides tant en conseil qu'en justice.

Et encourre qu'il consent a tel gaigement, il pourra reseruer ses droicts et jurisdiction, seignoriage ou directe et propriete, ce que le saultier doibt relater au curial rural et faire inserer en la lettre de gaigement.

Estant aussi remonstre au seigneur direct par vng crediteur combien le censier lui est redebuable, tel seigneur debura compellir et induire son censier a satisfaire tel crediteur et debriguer ou affranchir le fied dans vng mois prochain. Ne le faisant, le seigneur direct pourrat exiger et faire payer l'offence au censier et le deposer ou debouter du fied a forme et au conteneu de la lettre du pays.

[1]) AD: lechenherr [2]) AD: lechengut C: gut [3]) ADM: vrlaub [4]) AD: versagt oder verantwurtet ime der z. d. p. [5]) AD: der herr [6]) AD: lehenmann [7]) AD: [ohn des herren wüssen vnd willen] [8]) Anders noch t 51ᵃ: wils aber der lehenherr nit bewilligen, sol der gelt vnd weibel den abschlag dem schultheis anzöugen, der die partyen alle für den teglichen rat wysen vnd nit destweniger die pfandung ze fürgang komen lassen sol, damit

der gelt nit verkürzt werd. (Am Rand Techtermann hiezu: Diser punct ist etlicher massen zecorrigieren oder dise restriction darzuzetun: ja vf des lechenmans varende hab vnd lechenschaft allein.)
[9]) AD: |der eigenschaft, zins vnd herrligkeit| [10]) AD: des lehenmanns| [11]) t 51a: in vierzechen tagen den nechsten. T correctum: ein monat lang.

191. Zuständigkeit des Rats in Erbpachtsachen. — Heu und Streu.

gG 592. 597. t 156a. 157b. T 40b. tT 27a. A 63b. C 117. D 27a. M 51b.

Gemeine regel, in änderung der lehen- vnd |[1]) buwlüten zehalten. |[2]) Wiewohl ein jeder lehenherr in kraft des landbriefs befüegt ist, syn |zins- vnd buw-|[3]) mann in allen obgeschribnen välen des |lehenguts| [4]) zeentsetzen, so ist doch einer |frommen [5]) oberkeit will vnd meinung, [6]) das es geschehen soll mit erkanntnus des rhats vnd gerichts, da dann die lehenbrief vnd geding verhört [7]) vnd der span, vals er in der güetigkeit nit zerlegt würd, mit rechtlicher vrtheil vsgetragen soll werden. — [Verner ist von einer ehrsamen oberkeit gesatzt vnd geordnet, dass] [8]) vf allen val der entsatzung vnd änderung [9]) der buwlüten der blumen vnd futer, so vf dem gut gewachsen ist, vf demselbigen gut |veretzt| [10]) vnd der buw daruf gewendt vnd | [11]) darab nit gefüert werden.

Commune reigle aux changements des censiers et tenementiers. Encourre que chasque seigneur direct en vigueur de la lettre de pays en tous les euenements prediots puisse debouter et priuer son censier et tenementier du fied, si est ce que le vouloir et intention du magistrat est tel que cela soit faict par congnoissance du conseil ou de la justice ou ce que la lettre du fied et conditions seront entendues, et, ne pouuant le differend amiablement estre appoincte et appuise, sera decide et determine par sentence judiciale. D'aduantage est establi et ordonne par le magistrat qu'en tous cas de deposition ou changement du tenementier la fleur et pasture qu'aura cru sur le tenement deburat estre consumee et la culture illec applicquee, sans la distraire et enmener ailleurs.

[1]) ADf || [2]) Cf || [3]) AD: |lehen| [4]) C: |lehens| [5]) ADf ||
[6]) Der stricten Fassung des Landbriefs gegenüber vorerst noch höflicher gG 597: doch wiewol der lechenherr vs obgewendten vrsachen von ime selbs gnugsamlich gweltig ist, das gut dem lechenmann abzenemmen vnd in zeentsetzen, so meinen wir doch,

das es ime weger vnd wolanstendiger syn werde, wan er solches mit erkantnus vnseres gerichts vnd der oberkeit tun vnd vnderstan würd vnd mit vrteil lassen vsfüeren. [7]) Hiezu in t 157[a] Techtermann am Rand: vide an superfluum, wann die geding alle am rechten sölten beiagt werden, geb es ein gros trölwerk vnd den pauren anlass zur vnrichtigkeit. [8]) A D: [das ouch] [9]) A: |ordnung| [10]) A: |versetzt| [11]) C f ||

---

192. Lobpflicht bei Stiftgütern.

g G 606. t 158[b]. T 41[a]. t T 27[a]. A 64[a]. C 118. D 27[a]. M 51[b].

Von ehrschätzen der güeteren von gottshüsern belenend.[1]) In bedenken der beschwerung gemeiner landlüten, wann si trungen werden allemal ein ehrschatz zegeben, wann ein abt, äbtissin, prior [2]) oder andere fürgesetzte personen der gottshüseren pfrunden vnd beneficien geändert vnd ein andere person [3]) darüber gewidmet [4]) würd, ist angesehen, das nun hinfüro [5]) die lehen- vnd zinslüt derselbigen gottshüseren in der lehenschaft (emphyteosi) [6]) nit pflichtig syend, von zutragender änderung wegen eines jeden vorstehers den ehrschatz zegeben, sunders allein [7]) wann solche fürgesetzte person in tragendem amt tods vergaht, die zinslüt abgahnd oder geändert [8]) werdend, vnd das vs dem grund, [9]) das dieselbigen vorsteher nit eigenthumbliche noch erbliche besitzer derselbigen gottshüsern, pfrunden vnd beneficien, sunders allein fürgesetzte regierer vnd vsufructuarii [10]) seind.

Des reprises des tenements mouuants des maisons pieuses. En consideration des charges incombantes aux paysants, s'ils estoient contraincts payer la reprise toutes fois et quantes qu'vng abbe ou abbesse, prieur ou aultres personnes constituees des cloistres, hospitaulx et membres pieux sont changees et qu'vng aultre leur succede et est esleu, ast este ordonne que d'ores en auant les censiers d'icelles maisons soubs le fied d'emphyteusis ne seront tenus payer la prise pour le changement aduenant d'vng chascung recteur et administrateur, ains seulement quand telle personne regente decede durant et en tel office et dignite ou bien que les censiers decedent ou sont changes, et ce pour aultant que tels regents ne sont propres ou hereditaires ou possesseurs d'icelles maisons Dieu, hospitaulx et membres pieux, ains seulement administrateurs constitues et vsufructuaires.

[1]) Techtermann am Rand in gG und t: videtur esse falx in aliena messe. [2]) C f |' [3]) A f ¦¦ [4]) A D: ¦gewürdiget' [5]) Bisher Streit. gG: Der vnrichtigkeit fürzekomen, so zwüschen den gotshüseren vnd spitelmeistern, ouch iren lehenlüten, die inen zinsend, von wegen zalung der veruallnen ehrschetzen oft erwachsen ist. Auch hier tadelt Techtermann, wie zu Art. 191, die Generalisierung im Motiv: Es sol sich referiren vf die art der lichenschaften. Dann villicht wird der eerschatz vorbehalten syn in mutatione prelatorum. Und zu t: Die lehenbrief von gotshüseren mogends villicht vf sich tragen. Derhalben die erlüterung oder satzung vnnutz. Consule. [6]) A D: ¦so emphyteosis genant| [7]) Erst T in einer Correctur führt diese Distinction ein. gG, t und der Text von T schliesst den Ehrschatz bei Veränderungen auf Seite lehenberechtigter Stifte völlig aus. [8]) C: |verordnet| [9]) Hiezu Techtermann: Redditur ratio satis debilis. [10]) C f ¦|

193. Erblehen. Begriff.

25. Februar 1508.*)

F 52ᵃ. gG 607. t 158ᵇ. T 41ᵃ. tT 27ᵃ. A 64ᵃ. C 118. D 27ᵇ. M 52ᵃ.

Volgt von erblehen. Erblehen würd genempt die lühung eines guts vf den lehenmann vnd syne erben je von einem vf den anderen so lang das geschlächt währt ohne verstossung noch benemmung des lehens, so lang das [1]) derselben erben einer vorhanden ist, der dem herren jährlich synen [2]) zins zahlt, das gut in ehren hat vnd nit mindert, die erben auch in änderung des lehenmanns vnd des [3]) herren von einem erben [4]) vf den anderen den ehrschatz, namblich zwifachen zins zegeben vnd das lehen

Des fieds hereditaires. Fied hereditaire est appellee vne location faicte au locataire et a ses hoirs tousjours de l'vng a l'aultre si long que dure la generation sans dejection ni priuation du fied et que l'vng des heritiers reste pour annuellement fournir la cense au seigneur, qui maintienne le tenement sans diminution. Tels heritiers sont aussi obliges au changement de tenementier ou de seigneur de l'vng des heritiers a l'aultre payer la reprise qu'est double cense et de prendre le fied, laquelle declairation fust rendue au mois

*) gG, welches den betr. Ratsbeschluss wörtlich wiedergiebt, datiert einfach: „vf Mathiae," was im Schaltjahr 1508 auf den 25. Februar fällt, während in der Gesetzgebungsübersicht (in der Zeitschrift für schweizerisches Recht XXI. Rq. S. 47) irrig der 24. Februar 1509 angegeben ist. Ebenso unrichtig ist der J u n i des französischen Textes.

zeempfahen pflichtig sind. — Dise erlüterung[5]) ward gegeben in dem monat hornung tusend fünfhundert achten jahrs |der geburt Christi, vnseres herren,|[6]) zu welcher heiter vsgedingt ward, das si den kaüfen vnd lühungen, die vor dem festtag des heiligen zwölfbotten Matthiae desselbigen jahres vfgericht worden, |in allweg|[7]) vnschädlich syn vnd dieselben in cräften blyben sollend.

de juin 1508 apres la natiuite de nostre Seigneur, en quelle est expressement dict et reserue qu'elle ne deburat aulcunement prejudicier aux venditions et locations passees et dressees auant la feste de St. Mathias apostre de dicte annee, ains qu'elles doibgent rester en leur force et valeur.

[1]) A C D M: |als| [2]) M: |den| [3]) A D: |die| [4]) C: |herren| [5]) Dieselbe specialisiert: würd aber das lehen verkouft vnd der herr vom verkouf gelt empfacht von wegen das er dryn verwilligt (s. oben Art. 179), oder der herr selbs verkouft, sol ime daruon von synem lehenman, der da kouft, kein eerschatz bezalt werden, bis das ein ander empfaht nach abgang des letsten lehenmans oder des herren, es sye dann sach, das der herr in verwilligung des verkoufs den eerschatz sampt syner andern gerechtigkeit daruf vorbehalten hab .... [6]) C f || [7]) C f ||

194. Veräusserung durch den Erblehenmann.

F 52ᵃ. gG 607. 608. t 159ᵃ. T 41ᵇ. tT 27ᵇ. A 64ᵇ. C 119. D 27ᵇ. M 52ᵃ.

Wyter von erblehens art vnd eigenschaft. Erblehens art[1]) ist, das der lehensmann das gut so höchst möglich verkaufen mag ohne schetzung |der|[2]) besserung, das|[3]) samenthaft vnd nit by stucken. Er ist auch in dem val schuldig den kauf synem herren anzetragen in zimblichem werth vnd näher[4]) es ihme sunst gelten möcht, ja wann es der herr für sich selbs behalten[5]) wöllte. Will aber der herr des kaufs nit, so mag der lehenmann den kauf demjenigen

Nature et propriete du fied hereditaire. La nature du fied hereditaire est que le censier peult vendre son fied ou tenement au plus hault que possible sans taxe de mieulxuaillance, toutefois conjoinctement et non par piece. Et en tel cas il est entenu de presenter au seigneur la vendition a prix raisonnable et meilleur marche que d'aultres en vouldroient payer, oui si le seigneur le vouldroit retirer pour lui mesme. Mais si le seigneur ne le veult achepter,

werden lassen, der ihme allernähist darumb gibt, doch in allewege synes herren zins vnd gerechtigkeit[6]) vorbehalten, an welchem allein der kauf ganz kein abbruch noch schaden gebären soll.

le censier le pourra vendre ou remettre a celui qui lui en donnera le plus, tousjours en reseruant la cense et droict de son seigneur auquel tel acquis ne peult causer ou porter aulcune perte, diminution ou retranchement.

[1]) C z: vnd eigenschaft. [2]) A: |vnd [3]) A C D M: |doch| [4]) A C D M z: denne. [5]) A z: mag oder. [6]) add. gG: vnd herligkeit.

195. Unveränderlichkeit des Erbzinses.

gG 607. t 159ᵃ. T 41ᵇ. tT 27ᵇ. A 65ᵃ. C 119. D 27ᵇ. M 52ᵇ.

Von dem zins ab erblehen. Der herr mag synem erblehensmann vnd dessen erben vnd denjenigen, die das gut vnd besserung von ihnen mit synem zulass vnd verwilligung |kaufen werdend,|[1]) den zins nit mehreren noch steigeren, sunders soll er si by dem alten zins blyben lassen.[2])

Cense du fied hereditaire. Le seigneur foncier ne peult augmenter ou hausser la cense de son censier hereditaire et de ses hoirs ou de ceulx qu' auroient par son consentement et permission achepte d'iceulx le tenement ou mieulxuaillance, ains se debura contenter et les laisser a la premiere cense.

[1]) A D: |koufend| [2]) Techtermann in t zu Art. 193—196: Diser obgeschriben artikel möcht erspart werden, wann nur die hauptpuncten, in welchen er von der emphyteusi discrepirt, notirt vnd das übrig in die definition ἐμφυτεύσεως referirt würd.

196. Schadenzuteilung.

gG 608. t 159ᵃ. T 41ᵇ. tT 27ᵇ. A 65ᵃ. C 120. D 27ᵇ. M 52ᵇ.

Von ersatzung eines erblehenguts im val abgangs.[1]) Widerfahrt dem lehenmann by zyt syner besitzung schaden an dem lehengut, es sye durch syn schuld oder durch vnual, so soll der herr des nit entgelten, sunders der lehenmann den schaden

De la restitution du fied hereditaire en cas de diminution. Aduenant quelque perte au tenementier du temps de son possessoire au fied que ce soit par sa coulpe ou par accident, le seigneur n'en doibt estre participant au non valoir, ains le tenementier seul

|an ihme|[2]) haben. Hargegen auch wann das gut |durch solchen empfangnen schaden|[3]) zu solichem abgang |vnd verderbung|[4]) gericht |wäre,|[5]) das der buwmann nit möchte daruf blyben, so mag er es dem herren wider lassen, wie es ist, vnd soll es der herr wider zuhanden nemmen, ohne das der lehenmann schuldig sye, ihme einiche besserung noch ersatzung |des abgangs|[6]) zethund.

doibt supporter tel dommage. Et au contre si le tenement par telle perte arriuee deuenoit en telle diminution et ruine que le censier n'y peult demourer, il le pourra remettre en tel estat qu'il serat au seigneur, qui sera tenu de le reprendre a mains, sans que le tenementier soit oblige luy faire aulcune recompense de telle diminution.

[1]) gG und t leiten folgendermassen ein: Harumb so einer syn gut nach erblehenrecht verlychen wil, sol er die verlychung mit allen conditionen vnd gedingen die er darin wil haben, in geschrift vassen vnd dauon jedem theil ein abgeschrift werden. [2]) C f [3]) C f [4]) A D f [5]) A C D M: |wird [6]) A f

---

197. Verwirkung.

3. Februar 1542.[1])

g G 609. t 159b. T 42a. t T 27b. A 25a. C 120. D 27b. M 52b.

Von verwürkung eines erblehens. In was gedingen einer ein erblehen empfaht, soll er es auch niessen, besitzen vnd buwen also, das wann er derselbigen gedingen eins nit haltet, den zins jährlich nit zahlt oder denselbigen, im val der herr die empfahung des zinses vf geuar abschlagen oder verwylen wollte, hinder die oberkeit nit legt, die dienst vnd beladnus von jar zu jar nit erstattet, das lehengut durch eigne schuld, vnsorg vnd trägheit lasst böser werden vnd nit buwt (vnual|[2]) wie ob vorbehalten), auch wann er das gut einem anderen ver-

Escheute d'vng fied hereditaire. Par mesmes conditions que quelcung reçoit vng fied hereditaire, il le deburat aussi jouir, cultiuer et posseder tellement que, non obstant l'vne des dictes conditions, soit qu'il ne paye annuellement la cense ou bien en cas le seigneur cauteleusement refuseroit ou retarderoit l'acceptation de dicte cense, il ne la deposite riere le magistrat, item il ne satisfasse aux debuoirs et charges d'an en an ou laissant pejorer ou diminuer le fied par sa coulpe, negligence et paresse (reseruant comme sus est dict les accidents)

kauft ohne des herrn [vorfrag vnd gegebnen][3]) willen, in solchen välen mag der herr ihn beklagen vnd mit erkanntnus eines ehrsamen rhats oder gerichts dem lehenmann das gut abnemmen.

comme aussi s'il vendoit le tenement (a aultrui) sans l'aduis et consentement du seigneur, en tels euenements le seigneur le pourrat accuser et par congnoissance du conseil et de la justice retirer le bien du censier.

[1]) Der Wortlaut: „Ist es das einer ein ligend lobbar stuck kouf- oder tuschwys an sich bringt oder veruertiget mit recht, der koufer, ouch der schryber, der die brief vnd acten empfacht, sollen verbunden syn, denselben kouf, tusch oder veruertigung vnserm amptman des endes do es ligt oder synem lehen- oder zinsherrn, dem das stuck zins- vnd lobpflichtig ist, innerthalb sechs wuchen anzezeigen. Vnd wo es nit geschicht, soll das stuck dem herrn veruallen syn." Zahlung doppelten Zinses bei Säumniss nach dem Verfall droht gG 613 an. Techtermann fügt aber am Rande bei: Consulto omissum, cum nullus eius vsus sit. [2]) A C f [3]) A D f []

198. Pfändung darauf.

gG 614. t 160a. T 42a. t T 27b. A 65b. C 121. D 27b. M 53a.

Des erblehenherren recht in pfandungen. Wenn erblehengut mit pfandung [angegryfen ist],[1]) so ist des erblehenherren recht demjenigen rechten, so ein lehenherr eines gemeinen lehen- oder zinsguts vf dem zinsgut hat, wie es hieuor in dem capitel des zinslehen begriffen ist,[2]) in alle weg [ähnlich vnd][3]) glychförmig.

Droict du seigneur direct des fieds hereditaires aux gaigements. Estant vng fied hereditaire suiui par gaigement, le droict et preheminence du seigneur direct de tel fied est telle et semblable a celle d'vng seigneur direct d'vng fied ou tenement commung sur la censiere ainsi qu'est ci deuant mentionne au chapitre des fieds a cense.

[1]) A D: angriffen wird C: angriffen ist [2]) Art. 190. [3]) A f []

199. Ansprüche aus Zusagen.

gG 640. 643. 644. t 166b. T 42b. t T 28a. A 65b. C 121. D 28a. M 54a.

[**Von allerlei**][1]) **zusag vnd verheissungen.** Welcher zecontrahieren vähig vnd

De toutes sortes de promesses. Quiconcque est habile et authorise de contrahir, peult

befüegt, der mag auch wohl kräftige zusag thun mit geding, zil vnd mass oder ohne geding. Mögend auch verheissungen geschehen durch mehr dann ein person vnd das sambtlich oder jede für iren antheil. Kräftig sind si, wann si mit hand vnd mund, wohl besinnter vnd ¦nicht gäher¦[2]) oder trunkner, auch zwungner wys versprochen in bysyn zweier oder mehr vnparthyscher[3]) personen, wie es auch gesatzt ist,[4]) damit niemand geuärdet noch die parthyen durch misuerstand der mundlichen verheissungen in span vallind. Zu mehreren kräften aber sollend solche verheissungen in sechs den nächsten wuchen nachdem si geschehen, in ordenliche geschrift geuast vnd verbriefet werden.[5])

aussi faire valides promesses a conditions, termes et mesures ou sans condition. Les promesses peuluent se faire par le plus que d'vne personne et ce conjoinctement ou bien chascune pour sa rate part. Elles sont valides quand elles se font de main et de bouche et bon sens et non par ivrognerie ou contrainncte, en presence de deux ou plusieurs personnes neutres et d'honneur, comme aussi il est ordonne, afin que personne ne soit forclos et que les parties ne tombent en mesintelligence ou differends pour promesses verbales. Mais pour meilleure asseurance et valeur semblables promesses deburont estre formellement mises et reduictes par escript dans six prochaines sepmaines apres qu' elles auront este faictes.

[1]) Cf A D: allerhand [2]) A D: gehör. [3]) A D M z: ehren. [4]) Art. 90. [5]) gG nur: wo möglich, von richtigkeit wegen, angehends.

200. Beweis derselben.

gG 641. 642. t 167ᵃ. T 42ᵇ. t T 28ᵃ. A 66ᵃ. C 122. D 28ᵃ. M 54ᵃ.

Erwysung einer zusag. Ist der zusager der zusag nit bekantlich vnd die in geschrift nit geuast ist, so soll der ansprecher die zusag wie recht ist bewysen durch rechtmässige zeügen oder aber durch des zusagers eid, den er von ihme nemmen soll vnd mag also, das wann[1]) der zusager den eid nit darf thun, er syn zusag erstatten vnd dem ge-

Prouuage de promesse. Si le promettant ne veult confesser la promesse et qu'icelle ne soit pas reduicte par escript, le demandeur debura verifier la promesse par tesmoings legitimes ou bien par le serement du promettant qu'il pourrat et debura demander et prendre de lui tellement que si le promettant n'osoit prester le serement, il deburat

richt zu dreien pfunden buss erkannt werden soll, es sye dann das der zusprecher dem ansprecher den angemuteten oder angedingten[2]) eid vbergebe, welches er auch thun mag.[3])

accomplir sa promesse et encourre estre condampne a trois florins de bamp par la justice, si ce n'est qu'il aime mieulx remettre tel serement et le presenter au demandeur, ce que lui est aussi permis de faire.

[1]) t statt: also das wann der z. d. e. n. d. t., er s. z. klarer: darf der zusager den eid nit thun, so soll er sin zusag etc. [2]) C f [3]) gG und t noch weiter: Ist ein zusag in schrift genasset wie sich gebürt (forte aptius: formbklich) vnd der zusager darnach dero abred würt, anzeigende das weder er noch der ander by der vfschrybung nit gsin syend, sol der schrift ee zeglouben syn dan dem der si wil hinderstellen. es sye dan das der die zusag sol getan haben, mit vnuerwerflichen zügen mög erzeigen, das er die nit also wie die geschriben ist, getan habe, sunder das widerspil. Vnd so die bewysung geschicht, sol der secher vnd der si vfgeschriben. fürgenomen vnd vmb solichen väler vnd valsch gestraft werden. Techtermann: ist im nachgeenden buch corrigiert von mererm gwalt. Vgl. Art. 98. 101.

---

201. Einhaltung von Zeit und Bedingung der Zusage.

g G 643. t 166b. T 42b. t T 28a. A 66a. C 122. D 28a. M 54b.

Vernerer[1]) erlüterung vmb zusag vnd verheissung. Geschiht ein zusag ohne geding, so soll der zusager von stund an gehalten werden syn zusag zehalten vnd zeerstatten.[2]) Geschiht si aber mit geding, zil vnd mass, so mag er nit gehalten werden die zeerstatten, bis das geding verfallen vnd das genommen zil für[3]) si. Sturbe aber der zusager vor vnd ehe das zil verschinen wäre, so sind sine erben schuldig die zusag zeerstatten, obwol das in der zusag nit vsgedingt wäre. — Wan einer ein zusag

Declairation vllerieure pour les promesses. Estant faicte promesse sans condition, le promettant sera tout a l'instant compelli de satisfaire a sa promesse. Mais estant icelle faicte a condition ou terme et mesure, il ne sera tenu l'accomplir jusqu'a tant que la condition et terme reserue soit aduenu. Et si le promettant viendroit a deceder auant que le terme fust arriue, ses heritiers seront entenus d'accomplir la promesse encourre que cela ne fust conditionne ou reserue en faisant la promesse. — Ayant queloung pro-

gethan einem andern etwas zegeben vf eines heiligen oder jahrestag, aber das jar nit gemeldet noch den tag mit nammen genambset, darmit kein irrung darumb entstand, ist geordnet das die zusag soll erstattet werden[4]) so allernächst darnach vallen würd.[5])

mis de desliurer et bailler quelque chose a vng aultre sur vng jour d'vng sainct d'vne annee, n'estant l'annee specifiee ni tel jour denomme, afin que par cela ne soit cause aulcung erreur, est ordonne que la promesse se deburat accomplir sur le jour du sainct denomme le plus prochain qui arriuerat apres la dicte promesse faicte.

[1]) Cf [2]) Cf [3]) C: verschinen [4]) ACDMz: vf des heiligen tag der genambset worden. [5]) gG fügt noch die gemeinrechtlichen Sätze über unmögliche und unsittliche Bedingungen und über Conventionalstrafen bei.

202. Pfand. Begriff.

gG 616. t 38a. T 13a. tT 28a. A 67a. C 123. D 28a. M 55a.

Hernach volgt von pfandschaften vnd von dem vnderscheid[1]) der pfanden vnd vnderpfanden. Ein pfand, zu latein pignus, ist ein oder mehr varend stuck, so ein schuldner synem gläubiger yngibt zu sicherheit des gelts das er von ime entlenet; vnderpfand oder hypotheca ist ligend gut, welches ein schuldner dem borger zu sicherheit synes hauptguts vnd zinsen verschrybt, versetzt vnd verpflichtet, ob es schon in des schuldners besitzung ist.

Des gaigements et de la difference des gaiges et hypotheques. Vng gaige, en latin pignus, est vne ou plusieurs pieces meubles que le debiteur remet a son creancier en asseurance de l'argent emprunte. Hypotheque est vng bien immeuble que le debiteur rescript, engaige et oblige a son creancier en asseurance de son capital et interest encourre qu'il reste en la puissance du debiteur.

[1]) gG unterscheidet nicht nach dem Gegenstand. sondern nennt pignus, was übergeben, hypotheca, was verschrieben und dann behalten wird. t unterscheidet gar nicht. T hat unsere Fassung.

203. Fahrnis. Begriff.

L 50. g 107a. 115a. G 132b. 147a. gG 198. 200. 294. 617. t 46a. T 43a. tT 28b. A 67a. C 123. D 28b. M 55a.

Was vahrend hab vnd gut sye. Vahrend hab vnd gut heisst vnd ist alles das, was man von einem ort an das ander tragen, tryben, bewegen vnd verrucken mag, als da ist gold, silber vnd anderer züg, gelt, geschirr, kleider, kleinötter, husrhat, federgewand, tuch, lynwath, ross, rind vnd alles anderes vich, item harnist vnd wehr, geschütz, geschoss, jagzeüg, werkzeüg, ässige spys, frücht, ops vnd blumen des ertrichs, item scheüren, spycher vnd derglychen bew, die anderst wahin mögind gefüert werden, item trüll vnd trotten, vnd in summa was beweglich ist, was zeügs vnd materi es sye,[1]) dessglychen geltschulden, geltzins vnd gült, die vf öwigkeit oder vf ein zyt verkauft sind, do ein käufer das vnderpfand nit besitzt, sunders das gelt vmb den zins gelihen worden.[2])

Qu'est ce que bien meuble. Bien meuble est appelle et est ce que l'on peult porter, mener et remuer de l'vng des lieux a l'aultre, comme est or, argent et aultres bagues, utensilles, habillements, joyaulx, menasges, cultres, coussins, drap, toile, cheuaulx, bœufs et tout aultre bestail, item corcelets et armes, canons, artilleries, bagues de chasse et de mestiers, viandes, fruicts, fruictages et flories de terre, item granges, greniers et semblables edifices, qui peuluent estre menes ailleurs, item du trueil, et enfin tout ce qu'est muable ou mouuant de quelle matiere ou estoffe qu'il soit. De mesme les debts et cens vendues a perpetuite ou a terme ou ce que l'achepteur ne possede de l'hypotheque ains qu'il ast preste l'argent a cense.

[1]) In den Definitionen noch weiter: L: gold gemünzt vnd vngemünzt, slecht lechen (add. g, G und gG: so vf ablosung verkouft ist vnd allein der zins daruon zalt vnd durch den köufer nit besessen würt) .... alles das so zerlegt .... werden mag. g und G: korn .... gG (198): edelgestein, verwerket gelt, silbergschir ... gehuwen stallungen, züne ... wullen ... (294) gebüw, so nit vf vier muren gesetzt sind .... gflügel. [2]) Einlässlicher L, g und G: aber der zinsen halb, so vf ablosung stand, das vrteil vnd recht glychförmig by vns werd gehalten, so wöllen wir vnd ist vnser lutrung, das al zins, so vf ablosung, benantlich fünf vf das hundert gekouft, für varend güeter geschätzt werdend, angesechen der köufer das vnderpfand nit besitzt oder beherschet, sonder sich syne jerliche zins allein benüegen muss (gG 200: vngehinderet des, das an etlich orten söliche gültzins von wegen ires vnderpfandes

für ligend gut geacht vnd den gemeinen schulden in zalungen vorgestellt werden). Wo aber jemands ein gut kouft vnd das besitzt, nutzt oder beherschet, so wellen wir dasselb, ob joch das vf ablosung erkouft were, für ein ligend gut achten, solcher ablosung vngehindret. — In t fehlen „geltschult, geltzins vnd gült" ganz, weshalb am Rand: Addantur obligationes ad tempus et omittantur aedificia.

204. Liegenschaft. Begriff.

L 50. g 107b. G 133b. gG 201. 202. t 46b. T 43b. tT 28b. A 68a. C 124. D 28b. M 55b.

Ligend gut. Für ligend gut würd geachtet alles das so vnbeweglich ist, als ein hus, es stande glych in oder vf muren oder sye hölzin vnd etwas daran gebuwt, angehenkt vnd angesetzt ist, oder was nut vnd nagel begryft, hof, garten, bünden, acker, matten, holz, veld,[1] berg vnd thal, wasser, wasserrüns,[2] mühli vnd andere geschirr an den wasseren,[3] see, fischenzen,[4] was grund vnd boden hat, erb-[5] vnd zinslehen, lehenschaft der lehenlüten, edel- vnd [6] buwrslehen, herren- vnd bodenzins, zehenden, herschaften vnd herlichkeiten.[7]

Bien immeuble. Pour bien immeuble est repute tout ce qu'est immuable comme vne maison, qu'elle soit dans ou sur vne muraille ou bien de bois, et tout ce qu'est a icelle basti, appendu ou annexe et qu'est attache de cloux ou rabbatu, vne place, jordil, cheneuiere, champ, pre, bois, confins, montaignes, vallees, eaulx et cours d'eaulx, moulins et aultres edifices sur les eaulx, lacs, pesches et tout ce qui ast fond et terre, fieds hereditaires et commungs, censieres des censiers, fieds nobles et rureaux, censes directes et foncieres, dixmes, seignories et jurisdictions.

[1]) L, g, G, gG und t: wunn vnd weid (t: almend). [2]) Add. L, g und G: blöuwen. [3]) t: wassergeschirr. [4]) C: pfützen [5]) Az: edel. [6]) A f [7]) gGz: rechtsamen vnd güeter, so vf ablosung verkouft sind.

205. Zuteilung des Schadens an Fahrnispfand.

gG 617. 618. t 161a. T 43b. tT 28b. A 68a. C 124. D 28b. M 55b.

Von abgang des beweglichen pfands. Welcher vahrend gut zu pfand[1]) empfaht, der soll es sicher vnd gewar-

De la perte du gaige meuble. Quiconcque reçoit bien meuble pour gaige, il le doibt seurement garder, afin qu'il ne lui

samblich |behalten|,[2]) das es ihme nit benommen, nit verloren, verderbt, verwüest noch vberbrucht werde. Dann wann solcher välen einer durch syn schuld vnd vnsorg wideruart, so soll der lycher den abgang billich ersetzen vnd dem schuldner dargegen syn gelihen gelt lassen. Würd aber das pfand durch vnuersehenen vnual verruckt vnd verloren, so ist der lyher nit verbunden dasselbig zeersetzen, sunders das pfand dem schuldner verloren vnd der schuldner dem lyher die schuld ze bezahlen pflichtig.

soit prins, perdu, gaste, corrompu ou employe. Cas aduenant l'vng des dicts cas par sa coulpe et negligence, il sera tenu restituer raisonnablement telle perte au debiteur et en eschange lui laisser l'argent preste. Mais si par cas fortuict tel gaige estoit remue ou perdu, le crediteur ne sera tenu le restituer, ains le gaige sera perdu pour le debiteur et icelui tenu payer le debt au creancier.

[1]) Cz: vberkommt vnd. [2]) A: |erhalten|

---

206. Zuteilung des Schadens bei Liegenschaftsverpfändung ohne Uebergabe.

gG 619. t 161a. T 43b. tT 28b. A 68b. C 125. D 28b. M 55b.

Von[1]) abgang des ligenden |guts|[2]) vnd vnderpfands. Wird ein yngesetzt vnd verschriben ligend vnderpfand gemindert oder gaht demselbigen ab, so ist es demjenigen, der das gelt daruf hat sicheren lassen,[3]) | gemindert vnd|[4]) abgangen.

De la perte et diminution d'vng bien immeuble et hypotheque. Vne piece immeuble et hypothequee qu'est engaigee et rescripte venant a diminuer et amoingdrir, telle perte d'amoingdrement appartient a celui qu'ast la dessus asseure son argent.

[1]) MCDz: schadual vnd. [2]) C: 'stucks' [3]) So von t an. Deutlicher gG: Eines yngesetzten vnderpfands eigenthumb blybt alweg dem, der es zu pfand vnd sicherheit verschriben hat, vnd so dasselbig verdirpt oder gemindert wirt, ist es demselben selbs verdorben vnd nit dem, der das gelt daruf gesichert hat lassen. [4]) Cf ||

---

207. Zuteilung des Schadens bei Liegenschaftsverpfändung mit Uebergabe.

gG 620. t 161b. T 44a. tT 28b. A 68b. C 125. D 28b. M 56a.

In versatzungen vf widerlosung.[1]) In versatzungen

Aux engaigeures a reachepts. Aux engaigeures a reachepts

vf widerlosung ist zu vermydung gezenks von wegen der besserte oder böserte vnd derselbigen ersatzung gesatzt[2]) vnd geordnet, das in den widerlosungen der versetzten stucken weder besserung noch böserung des stuckes weder von einem noch von dem andern theil zebeuorderen, sunders ein jeder syn zugehörende gebür nemmen vnd also ein jeder von dem anderen ledig syn solle.

pour euiter disputes de la mieulxuaillance et diminution ou pejorement et de la restitution d'icelles est ordonne qu' aux rehemptions des pieces engaigees ni l'vne ni l'aultre des parties ne doibge demander la melioration ou pejorement de la piece, ains que chaseung prenne ses maisonnements et par ainsi soyent quittes l'vng de l'aultre.

[1]) gG: etlich pfandschaften beschechen ouch an ligenden stucken, als wan einer dem andern ein sum gelts licht vf ein stuck ertrychs, so der schuldner dem lycher yngibt vnd zu handen stellt ze nutzgen vnzit ers widerlosen möge, vnd das heisst ein versatzung vf widerlosung beschechen. [2]) Motivierung in gG: Erlütert, das wan der besitzer den abgang schuldig were ze bessren, das glycherwys der schuldner ouch verbunden syn solte dem lycher die besserung zezalen, so er am stuck than hette. Vnd desshalb ....

208. Zuteilung des Schadens bei Verschuldung des besitzenden Gläubigers.

gG 621. t 161b. T 44a. t T 29a. A 68b. C 125. D 29a. M 56a.

Von abgang des vnderpfands durch geuarlichen fürsatz des besitzers. Der besitzer soll doch die fruchtböum, häg vnd andere frucht vnd nutzbare[1]) ding vnd die das stuck schirmen mögend von synes eigenen geniess oder lusts wegen ohne wissen vnd willen des eigenthumblichen herren[2]) oder versetzers nit vällen noch abhawen, dann in solchem val soll er denselbigen schaden in thüynder widerlosung gebürlich besseren oder souil an

Perte de l'hypotheque par malice deliberee du possesseur. Le possesseur ne debura pour son plaisir ou proufit particulier couper ni abattre les arbres fruictiers, les hayes et aultres fruicts et aultres choses vtiles a la conseruation de la piece sans le sceu et vouloir du proprietaire ou engaigeur. Car en tel cas faisant la rehemption il est tenu raisonnablement restituer tel dommage ou bien defalquer aultant de la somme derehemption. De mesme quand quelcung sachement et caute-

dem gelt der widerlosung abgahn lassen. Glycherwys soll es ergahn, wann einer das pfand durch syn schuld mit willen vnd geuar böser oder ärger macht [oder werden lasst][3]) vnd nit in ehren hat.

leusement amoingdriroit ou laisseroit par sa coulpe diminuer l'hypotheque ne la maintenant, comme est recquis.

[1]) C: [fruchtbare] [2]) Erst t T, zuvor [eigenthumbers] [3]) gG und t: eer bessren dan mindren, die boüm syend dann dürr vnd winduellig. Aldann mag er si doch mit wüssen des versetzers dannen houwen vnd nemmen zu synem bruch.

209. Zuteilung des Schadens bei Zufall.

gG 618. 623. t 162ᵃ. T 44ᵃ. t T 29ᵃ. A 69ᵃ. C 126. D 29ᵃ. M 56ᵃ.

Von abgang durch vnual. Wird ein versetzt hus durch feuwr vnd brunst oder anderen vngewitter geschädiget oder [1]) niderualt von böse wegen, so soll es dem [versetzer [2])] geschädiget vnd abgangen vnd der schuldner nüt destminder pflichtig syn ihme syn gelt widerzekehren. Vnd mag der eigenthumber die hofstatt verkoufen oder behalten vnd wider daruf buwen. Vnd wann er deren eins thut [vnd dem anderen syn gelt nit wider erlegt hat,[3])] so soll dem creditoren erlaubt syn, die hofstatt vnd new gebeüw vmb syn gelt widerumb [4]) anzegryfen vnd es zu handen zenemmen, vngeacht er es gebuwt habe, bis das ihme syn widerlosung werde.

De la perte par accident. Estant vne maison engaigee endommagee par feu ou ouaille ou aultre tempeste ou bien que de vieillesse elle tombe en ruine, la perte en appartiendrat au proprietaire et engaigeur. Et tel debiteur neantmoings sera tenu lui rendre son argent. Et tel proprietaire pourra vendre ou retenir la piece ou illec rebastir. Et faisant l'vng ou l'aultre sans contenter le crediteur, il lui sera permis pour la somme de ressaisir ou prendre a main telle place et le nouueau bastiment jusques a ce qu'il aye receu la rehemption, sans auoir esgard a celui qu'aura faict tel edifice.

[1]) A D z: es [2]) A: [versprecher] [3]) A f [4]) C f

210. Pfandgegenstand.

g G 629. 630 i. f. 631. t 164b. T 44b. t T 29a. A 69a. C 126. D 29a. M 56b.

Was einer zu pfand oder vnderpfand setzen oder nit geben noch setzen möge. Ligend vnd vahrend gut, darby gemeint schuld- vnd gültbrief vnd brieflich instrument, die einer mit recht inhat, auch richtige schulden, die einer vf anderen lüten hat, mag durch ein eigenthumblichen inhaber zu pfandschaft[1]) yngegeben, verschriben und yngesetzt werden, souer es syn eigen vnd niemand vorher verschriben sye. Spännige güeter, darumb rechtshändel schweben thuend vnd die possess nit erörteret[2]) oder mit vsträglicher vrtheil nit erkannt ist, mögend vor endlichem zuspruch nit versetzt noch verunderpfandet werden. Kilchenzierd, sepulturen oder gräber vnd grabstein vnd andere kilchengüeter, die syend ligend oder vahrend, kilchen vnd klöster ihr zu- vnd angehörd, sind dero inhaber[3]) nit befüegt noch gewaltig zeuerkaufen, verändern noch zeuersetzen,[4]) dann allein in harter vnd äusserster hungersnoth,[5]) in kriegsnoth wider die vngläubigen,[6]) item geuangene christen zeerledigen vnd lösen,[7]) auch wann des gotshus schulden so gross, dass si anderst nit mögend bezahlt werden.[8]) Vnd soll doch alles beschehen mit vorfrag vnd rhat der schirmherren vnd oberkeit.[9])

Des choses que l'on peult engaiger ou non. Le propre possesseur peult rescripre et engaiger ou donner de gaige des biens meubles et immeubles, y comprins les lettres a cense et aultres instruments que luy appartiennent et qu'il ast par equite comme aussi des debtes liquides qu'il auroit contre d'aultres, en tant que le tout soit sien sans estre rescript a d'aultres; biens questionnes dont proces sont ventilles sans que le possessoire en soit decide ou par sentence definitiue adjuge, ne peuluent ni doibgent estre engaiges ni hypotheques auant la finale adjudication. Les ornements d'esglise, sepultures, pierres de sepulture et aultres biens d'esglise, meubles ou immeubles, esglises ou monasteres auecq leurs appartenances ne peuluent estre vendus, alienes ni engaiges par les possesseurs ou administrateurs, sinon en grande et extresme necessite de famine ou de guerre contre les infideles, item pour la rehemption de chrestiens captifs ou bien que les debtes des maisons pieuses fussent si grandes qu'elles ne puissent estre satisfaictes d'aultre façon ou par aultres moyens, lorsque le tout passera par l'aduis et conseil des seigneurs protecteurs et[10]) du magistrat.

[1] Add. gG. oder pfandschilling, wozu Techtermann: quaere an pfandschilling sölle verstanden werden vom gelt, darumb das pfand yngesetzt würd, als mich beduncкt ouch vom gut, in welchem verstand es vom alten buch gebrucht würd. T dafür: vnderpfand. In tT auch dies weggelassen. [2]) t: bis ein teil daran in possess gesetzt sye. [3]) gG z: vnd gniesser oder verwalter. [4] C f [5]) gG genauer: den armen in herter hungersnot hilf zegeben. [6]) gG: den krieg wider den türken zehalten. [7]) gG: geuangene christen von türken zelösen. Aber viel weiter greifend (T nicht mehr) add.: keiner sol ouch weder wyb noch kind zu pfand geben noch versetzen. dann allein die kind im val des vatters oder mutter geuangenschaft vnd rantion, damit der vatter oder mutter geloset werde, mogend si die kind an ir statt thun bis vf erlegung der rantion. [8]) A: das niemand mag bezalt werden [9]) C z: bei vernichtigung des koufs vnd verkoufs. Actum coram CC anno 1696 (April 3). [10]) Mscr. 1635: on.

211. Vertragspfand. Verpfändung durch Stellvertreter.

gG 630. t 163. T 44b. tT 29b. A 69b. C 127. D 29b. M 56b.

Versatzung vnd verpflichtung durch sendbotten. Ein anwalt vnd sendbott eines herren [1]) oder anderer sunderbarer [2]) personen noch einicher gewaltshaber ist nit befüegt, synes herren oder gewaltgebers güeter ohne desselbigen gunst vnd [3]) vstrucklichen beuelch zeuerschryben noch einichs wegs zeuersetzen noch zeuerpfanden, vil weniger zeuerkaufen.

Durch vogtliche pfleger. Glycherwys sind die gerhaben [4]) vnd vormünder ihrer pfleg- vnd vogtkinden güeter zu pfand zeuersetzen vnd zeuerschryben (noch [5]) zeuerkaufen vnbefüegt, dann allein mit zulass ihrer obern. [6])

Durch kind vnd dienst. Ein kind [7]) soll noch mag

Engaigeures par messagers. Vng procureur ou messager d'vng seigneur ou d'aultres personnes particulieres ni aulcung aultre chargeayant n'est authorise d'obliger ou en façon que ce soit d'engaiger ni hypothequer, moings vendre les biens de son seigneur ou principal sans l'approbation et expres commandement d'icelui.

Par les tuteurs. De mesme les tuteurs et curateurs ne peuluent obliger, engaiger ni vendre les biens de leurs pupils sinon que par la permission de leurs superieurs.

Par enfants et seruiteurs. Vng enfant n'a pouuoir ni doibt

synes vatters oder mutters güeter ohne dero oder syner obern vnd pflägern wissen, willen vnd vstrucklichen beuelch weder verschryben noch zu pfand setzen noch sunst ytzit [8]) darumb handlen, vil weniger ein gedingter diener, obwohl dieselbigen sohn vnd diener von den vätteren vnd mütteren hin vnd här gesandt werdend.

rescripre, engaiger ni aultrement contrahir des biens de ses pere et mere sans leur sceu et vouloir, expres commandements ou soit de ses superieurs et tuteurs, encourre moings vng seruiteur que l'on prend a seruice, jaçoit que tel fils et seruiteur soient enuoyes ça et la des peres et meres.

Durch lehen- vnd buwlüt. Den lehen- vnd buwlüten ist die versatzung vnd vnderpfandung, verschrybung [9]) vnd verpflichtung der lehen- vnd zinsgüetern oder einichs theils derselbigen nit zegestatten, dann allein mit gegebnem willen ihrer lehen- vnd zinsherren. [10])

Par censiers et tenementiers. Engaigement, hypotheque et obligation de fieds et tenements ou d'aulcunes parties d'iceulx est defendu aux censiers et tenementiers, si ce n'est par le consentement de leurs seigneurs directs.

[1]) gG und t: oder der oberkeit. [2]) A f [3]) A D f [4]) Am Rand Techtermann: Investiga derivationem. [5]) A D C: |oder| M: |vnd| [6]) Add. gG und t: denen die bestetigung zustendig ist. [7]) A z: vnd dienst. [8]) C f || [9]) C f , [10]) Add. gG und t: noch ouch junge, minderjerig vnd vogtbare personen one irer obern vnd pflegern verwilligung.

212. Gesetzliches Pfandrecht.

gG 628. t 163ᵃ. T 45ᵃ. t T 29ᵇ. A 70ᵇ. C 128. D 29ᵇ. M 57ᵇ.

Von heimlichen [1]) vnderpfanden, die in verschrybung nit vstruckt sind. Heimliche oder geheime vnderpfänder sind auch mancherlei, als namblich vnd zum ersten [2])

Des hypotheques secretes non exprimees aux obligations. Les hypotheques secretes et tacites sont diuerses, premierement

zwischen ehelüten, als wann ein ehetag beredt vnd beschlossen vnd die frauw ihren heürath vnd gut zu ihrem mann bringt vnd yn-

entre les jugeaux et maries, comme estant vng mariage arreste et conclud et que la femme apporte au mari son dot et constitution, il est

kehrt, da so ist billich vnd recht, das alle des manns güeter vmb sollich heürath vnd zubracht gut verpflicht vnd dessen ein recht vnderpfand syend vnd blyben sollend, vngeacht das kein verschrybung darumb gemacht sye worden. Glychen verstand soll es haben vmb das gut oder heürath, so dem mann vf ehetagen versprochen vnd aber nit vsgericht noch einiche verschrybung darumb gemacht were. Dann in disem val ist dessen, der dem mann das heürathgut zegeben verheissen, hab vnd gut als ein recht vnderpfand heimlich verpflicht vnd mag es der mann, wann er will, angryfen, zuglych vnd nit minder als ob ein genugsame verschrybung darob läge.[3])

equitable que tous les biens du mari soyent et restent obliges en vraie hypotheque pour tel dot et somme apportee, encourre que pour icelle n'en soit passee aulcune obligation. Le mesme s'entend de la constitution et somme promise en contrahant mariage et non desliuree au mari, sans en estre faicte aulcune obligation, car en tel cas les biens d'icelui qu'auroit promis la diote constitution, sont secretement en vraie hypotheque obliges, et le mari s'en pourroit saisir quand il vouldra, tout de mesme comme s'il en auoit une suffisante obligation.

Zwischen eltern vnd ihren kinden. Besitzt ein vatter syner frauwen gut als ein schlysser, so ist alles syn gut darumb für vnderpfand verhaft vnd für vnderpfand verpflicht, darmit den kinderen als der mutter erben nichts abgange, sunders das gut nach synem schlyss den[4]) erben werde. Hingegen soll es gegen der mutter im val eines schlysses ihres ehemanns güetern auch verstanden vnd gehalten werden.[5])

Entre peres et meres et leurs enfants. Si le pere comme vsufructuaire possede le bien de sa femme, tout son bien est oblige et hypotheque, afin que rien ne se perde pour les enfants comme heritiers de leur mere, ains qu'apres l'vsufruict le bien paruienne aux hoirs. Le mesme doibt estre entendu et obserue a l'endroict de la mere en cas icelle auroit l'vsufruict et jouissance des biens de son mari.

Zwischen vögten vnd vogtkinderen. Wann witwen vnd weysen beuögtet vnd mit pflägern versehen werdend, sollend derselben vög-

Entre tuteurs et pupils. Quand vefues et orphelins sont pourueus de tuteurs, les biens de tels tuteurs sont rescripts et hypotheques pour tout ce que

ten vnd pflägeren güter der witwen vnd weysen |vnderpfand blyben vnd syn vmb das so die vögt von der witwen vnd weysen|[6]) gut angryfen vnd verthun wurdend, obwohl dess auch kein verschrybung gemacht wäre.

In geltslichungen oder vmb gelihen gelt.[7]) Lücht vnd setzt einer dem anderen gelt für ein hus zebuwen oder etwas zekaufen, so ist das |gebuwt hus|[8]) vnd gekauft gut in all weg syn vnderpfand, obwohl kein |eigenliche oder vstruckliche meldung desselbigen geschehen oder einiche|[9]) verschrybung darumb |läge|.[10])

les tuteurs retireroient et disposeroient[11]) des biens des dictes vefues et orphelins, encourre que l'on n'en auroit faict aulcune obligation.

Pour l'argent preste. Si quelcung preste ou auance a vng aultre de l'argent pour edifier vne maison ou faire quelqu' acquis, telle maison bastie ou bien acquis sera tousjours son hypotheque, encourre que de ce n'en seroit faicte propre ni expresse mention ni monstree aulcune obligation.

[1]) C z: vnd verschwigenen. M z: verschwigenlichen. [2]) C f | [3]) C z: oder vorhanden wäre. [4]) gG und t: den kinden als erben. [5]) Add. gG und t (in T gestrichen und durch „hingegen — gehalten werden" ersetzt): wann ouch ein wyb by irm ersten man kind vberkomen vnd nachgehends zu der anderen eh gegriffen hat, sol ir hab vnd gut alle vmb das, so si von irm ersten man ererbt hat, so den ersten kinden sol wider werden nach der muter tod vnd aber si zu dem andern man bracht, ein recht vnderpfand syn vnd blyben, bis der val komen sye. Vnd mag durch die erste kind wider eruordert vnd bejagt werden. Dann was si von irm ersten mann geerbt, das sol irn ersten kinden wider werden, vsgenomen was ira zu irm gebürenden kindsteil hat sollen werden, darmit si dan tun mag nach irm geuallen nach lut der wybern fryheit oder recht. [6]) A f [7]) Nach diesem Abschnitt folgen noch in gG und t die Privilegien des Vermieters und Verpächters, wie sie in Art. 164 enthalten sind. Aber schon t und t T lassen sie hier weg. [8]) C |gebaü| [9]) C f | [10]) C |gethan| [11]) Mscr. 1635: deciperoient (dissiperoient).

213. Vorrechte der Liegenschaftspfandrechte unter einander und gegenüber Käufern.

gG 632. t 165ᵃ. T 45ᵇ. tT 30ᵃ. A 71ᵇ. C 130. D 30ᵃ. M 58ᵃ.

Gemeine regel von vnderpfanden die ligend sind. Darmit ein jeder desto bessere achtung gebe, was vnd von welchem er kaufe, vnd das von der währschaft wegen, soll mäniglicher gewarnet syn, das nach diser statt rechten je vnd je die ältere glaübigere den anderen vorgahn vnd ihr recht verschriben vnderpfand angryfen sollend vnd mögend. Vnd welcher ein vnderpfand des ersten glaübigern verkauft, der soll vs der kaufsumm nit bezahlt werden, sunders soll das gelt dem vorgehenden oder älteren creditoren, dem das stuck verunderpfandet ist, gegeben vnd das stuck also von demselbigen gelöst werden.[1]) Vnd allewyl es nit gelöst noch gelediget würd, so mag der verkauf desselbigen, es sye in gemein oder sunderheit verschriben vnd verunderpfandet, dem glaübiger zu einichem schaden nit reichen, sunders soll demselben, wann er syn willen darzu nit gegeben hat, erlaubt syn, in mangel syner bezahlung ŷber kurz oder ŷber lang die verkaufte stuck in kraft synes briefs anzeuallen vnd zeueruertigen vnd sich darmit zebezahlen.

Reigle generale des hypotheques immeubles. Afin que chascung prenne soigneuse garde, quoi et de qui il achepte, causant la maintenance, vng chascung serat aduerti que scelon le droict de ceste ville de tout temps les crediteurs anterieurs sont preferes aux aultres (et qu'ils) doibgent et peuluent saisir leur vraie hypotheque en tant que celui qui alieneroit l'hypotheque du premier crediteur ne debura retirer le prix de l'acquis, ains debura l'argent rester desliure au precedent et anterieur crediteur, auquel la piece estoit hypothequee, laquelle parainsi sera desgaigee de lui, et ce pendant qu'elle ne sera desgaigee ni dechargee, qu'elle soit obligee et hypothequee en general ou en particulier, la vendition d'icelle ne porterat aulcune perte au crediteur, ains n'y ayant consenti, sera permis au default du payement, apres long ou brief terme, de suiure a forme de sa lettre et exploicter la piece vendue et en tirer son payement.

[1]) gG und t: vnd wer dawider handlet, sol gestraft werden.

214. Pfandverhaltung.

gG 622. t 161b. T 46a. t T 30a. A 71b. C 130. D 30a. M 58b.

Wann jemand ein stuck mehr als einem creditoren verunderpfandet. Welcher ein stuck versetzt hat, der soll noch mag dasselbig keinem anderen mehr versetzen, verschryben noch verkaufen. Vnd so ers ohne willen des ersten gläubigers thäte, so soll die verschrybung vngültig syn vnd mag der besitzer ihne zur |widerlosung|[1]) vnd erlegung synes gelts angehends anhalten oder das stuck darumb verpfanden vnd verganten lassen. Darzu soll er von wegen des lasters oder criminis stellionatus in dem begangen, das er ein stuck zweien verkauft oder ynsetzt vnd also den einen darsetzt vnd betrügt, gestraft, namblich ehrlos vnd vnredlich syn vnd gehalten werden vnd nit destoweniger der oberkeit straf gewarten.

Celui qui hypotheque vne piece a deux personnes. Quiconcques ast pour vng coup engaige vne piece, ne la peult ni doibt plus engaiger, hypothequer ni vendre a aulcung aultre et, s'il le faict sans le consentement du premier crediteur, l'obligation secutiue sera de nulle valeur et le possesseur pourra tout a l'instant contraindre le debiteur a faire rehemption et lui rendre l'argent ou bien vendre le gaige au plus ouffrant. En oultre occasion de telle forfaicte et crime de stellionat qu'il ast perpetre pour ce qu'il ast vendeu vne mesme chose a deux personnes, l'vne desquelles il ast trompe et seduict par tel moyen, il subira le chastiement a scauoir qu'il sera tenu infame et deshonore, neantmoings en attendant punition du magistrat.

[1]) A: |widerhaltung D: widerzalung

215. Kaufschuldpfandrecht des Liegenschaftverkäufers.

gG 632. t 165a. T 46a. t T 30a. A 72a. C 131. D 30a. M 58b.

Pflicht vnd haft eines verkauften vnd nit bezahlten stucks. Wird ein ligend stuck verkauft, die kaufsumm aber nit |bar|[1]) bezahlt, sunders die zahlungen vf zil vnd tag bestimbt, allewyl die völlige bezahlung der kaufsumm nit geschehen, soll das verkauft

Obligation d'vne piece vendeue et non payee. Estant vne piece immeuble vendue sans que le prix en soit desliure comptant, ains que les payements soyent mis a termes durant que l'entiere satisfaction du prix de l'acquis n'est saisie, la piece vendue serat et re-

stuck oder gut des verkaüfers recht vnderpfand syn vnd blyben vnd dieselbe vsstehende zahlung [2]) allen andern des kaüfers schulden, syend vor oder nach dem kauf gemacht, vorgahn vnd bezahlt werden, ohne jemands .yntrag noch verhinderung.

stera la vraie hypotheque du vendeur et telles payes ou sommes restantes seront preferees et contentees auant toutes aultres debtes de l'achepteur, qu'elles soient faictes auant ou apres telle vendition, et ce sans empeschement et contredict de personne.

[1]) C f [2]) t: .summ gelts

216. Recht des Pfandschuldners zu Sonderverkauf der Besserung.

g G 624. t 162b. T 46b. t T 30b. A 72a. C 131. D 30b. M 58b.

Verkauf der besserte vnd ablosung. Ein schuldner mag die besserte oder ablosung, so er vf einem versetzten oder verschribnen stuck hat, einem andern wohl verkaufen, wo keine andre geding in der ynsatzung des vnderpfands beschlossen sind, by welchen gedingen es blyben soll.

Vendition de la mieulxuaillance ou reachept. Le debiteur peult vendre a vng aultre la mieulxuaillance et reachept qu'il ast sur vne piece engaigee ou obligee en tant qu'en l'obligation de l'hypotheque ne soient arrestees aultres conditions a forme desquelles le tout restera.

217. Rechtsfolgen der Veränderung oder Veräusserung einer Pfandliegenschaft.

g G 624. 626. 632. 635. 638. t 162b. 165b. T 46b. t T 30b. A 72b. C 131. D 30b. M 59a.

Wie der schuldner zum hauptgut mag getrungen werden. Wann der schuldner oder bürg synes glaübigers yngesetzt vnderpfand verkauft oder verändert ohne wissen vnd zulass des glaübigers, ist braüchig vnd recht, das der creditor, geltherr oder gelt möge vnd befüegt sye, den schuldner oder bürgen oder

Quand le debiteur peult estre compelli au capital. Le debiteur ou soit la fiance vendant ou alienant l'hypotheque speciale de son creancier sans son vouloir et permission, le droict et la coustume portent qu'en tel cas le crediteur peult et est authorise de suiure contre le debiteur ou la fiance ou contre tous deux conjoincte-

beide miteinanderen vnd samenthaft nach inhalt syner habenden verschrybung vnd ihre güter gemeinlich oder eines jeden besunder anzegryfen vnd dieselben bürgen samptlich oder sunderlich zu erlegung synes gelts oder ynsatzung anderer sicherer vnderpfanden halten. — Sind aber die güter in gemein verschriben ohne sunderbar vnderpfand, so mögen weder schuldner noch bürg zum hauptgut nit getrungen werden, ob si schon etliche ihrer gemeinen güteren verkauft hätten, dann allein mangel halb der zahlung, da dann dem gelten erlaubt ist, die verkaufte stuck[1]) anzegryfen oder zeueruertigen.

ment au contenu de son obligation et d'agir contre leurs biens ensemble ou bien contre ceulx d'vng chascung d'eulx a part et de compellir tel debiteur et fiance conjoinctement ou separement a la satisfaction de ses deniers ou a l'hypotheque d'aultres pieces asseurees. Mais estant les biens obliges en general sans speciale hypotheque, ni le debiteur ni la fiance pourront estre contraincts au payement du capital, encourre qu'ils auroient vendu quelques vngs de leurs biens commungs, sinon a default de payement, en quel cas est permis au oreancier d'agir et subaster les pieces vendues.

[1]) gG 635, 636: Ist es aber sach, das ein schuldner etlich stuck von synen güetern verkouft, die einem in gemein verschriben sind vnd verunderpfandet, mag vnd sol darnach sollicher verkouf, on syn wüssen geschechen, syner vorgahnden verschrybung keineswegs nüt schaden, sonder sol dem gelten erloupt syn, in mangel syner bezalung ṽber kurz oder lang die verkouften stuck in kraft synes briefs anzeuallen vnd, als ob, zeuertigen vnd sich darmit zeuernüegen, wiewol menger der meinung gsin, das der gloübiger oder gelt sollte verbunden syn erstlich vnd vorab andere des schuldners dann die verkouften güeter anzelangen, die in gemein ime verschriben sind, haben wir doch dem zuwider geordnet, das der gelt volligen gewalt vnd die wahl haben solle, die verkouften oder ander des schuldners noch habende vnuerkoufte güeter, die ime gelegen, anzegryfen vnd zeuertigen, wie es ime geuellig ist.

---

218. Sinn der Spezialverpfändung.

gG 626. 633. 634. 636. t 163ᵃ. T 46ᵇ. tT 30ᵇ. A 72ᵇ. C 132. D 30ᵇ. M 59ᵃ.

Ein specificiert vnderpfand soll vor den andern stucken angegriffen werden. Würd ein sonder-

Vne speciale hypotheque doibt estre saisie auant les aultres pieces. Estant vne particuliere et speciale hypotheque obli-

bar oder specificiert vnderpfand verschriben vnd in der verschrybung gemeldet, das der glaübiger vor allen dingen syn vnderpfand vnd, wo das nit gnug thäte,[1]) andere des schuldners güter in gemein oder ein jedes besunder nach synem geuallen angryfen möge, so ist der glaübiger pflichtig syn specificiert vnderpfand zuuorderist anzegryfen.[2]) Wa er es aber nit thäte, sunders mit angriff der vbrigen gemeinen güeteren vberflüssigen kosten tribe, soll er denselben kosten selbs tragen vnd an ihme haben ohne des schuldners noch synes bürgen beladnus. Wyset aber die verschrybung, das der glaübiger möge syn vnderpfand oder andere güeter, dwedere er will, angryfen, so ist er auch geweltig anzegryfen welches er will.

gee, et mentionne en l'obligation que le creancier puisse auant toutes choses agir contre son hypotheque, et n'estant icelle suffisante, contre d'aultres biens de son debiteur en general ou bien contre chascung en particulier a son plaisir, lors le crediteur en premier est tenu de saisir son hypotheque speciale. Et s'il ne le faict, ains par la saisie d'aultres biens communs cause des missions excessiues ou superflues, il les debura lui mesme auoir et supporter sans la charge du debiteur ou de sa fiance. Mais si l'obligation contient que le creancier puisse agir contre son hypotheque ou contre d'aultres biens quels qu'il vouldra, lors il pourra saisir ce que bon lui semblera.

[1]) Wann dieses Uebergreifen aufgekommen, ist unbekannt. g 106^{b} hat hinter der Execution von Farnispfand folgende Bestimmung: Harzu ist ouch gesetzt vnd durch vns geordnet, das wan ein veruertiget vnd vergantet pfand nach der statt recht eim vernallen ist vnd er syn gelt vnd billichen costen an der gant darus nit lösen mag, dem gelten solle nachgelassen syn des schuldners güeter, wo er si mag befinden, eruaren vnd ankomen, sye ligend oder varend, syend verkouft ewiglich oder vf ablosung, wyter anzegryfen vnd die koüfer abzetryben mit recht, souer sich finde das syn schuld elter sye dan der koüferen brief. Wo die brief aber elter sind, mag der gelt darab nit tryben, sonders sol er si by irm kouf blyben lassen, vnangesehen das er inen ie vnd ie besserung gelten welle. [2]) gG 626: behanden.

Hier schaltet M ein: Versetzte stuck sollen nit anderstwo versetzt werden. Beinahe wörtlich Wiederholung von Art. 214.

---

219. Richterpfand (Pfändung). Verbot der Eigenmacht.

31. Dezember 1363. best. 23. März 1503. vgl. 26. Februar 1554.
g 94ᵃ. 105ᵃ. G 128ᵇ. gG 151. 152. t 38ᵃ. T 47ᵃ. tT 30ᵇ. A 73ᵃ. C 133. D 30ᵇ. M 60ᵃ.

Von pfandungen vnd derselbigen recht. — Erstlich von pfandung mit eigner hand vnd gewalt des borgers. [Anfenglich [1]) ist gesagt, das niemand vtzit eignen gewalts fürnemmen solle. Diss ist auch in den pfandungen nit zeüberuaren, desshalb auch gesetzt, das] [2]) niemand, sye burger, vnderthan oder frömbd, synes eignen gwalts pfanden, pfänder nemmen, verbieten, arrestieren oder niederwerfen solle, by fünfzig pfunden vnablässiger buss in stattseckel vnd leistung eines ganzen jahrs vs der statt [3]) burgerzilen. Welcher auch zu einer solchen gewaltthätigen pfandung hilf gibt vnd bewyst, der soll eine glyche buss abtragen vnd ein monat leisten. Vber solche buss vnd leistung sollen die vbertreter dem also gepfändten vnd arrestierten allen synen kosten abtragen nach des rhats oder gerichts erkanntnus.

Du gaigement. Premierement du gaigement par la main propre et puissance du creancier. Ci deuant ast este dict que personne ne doibge entreprendre aulcune chose de son authorite, ce que ne doibt aussi estre transgresse aux gaigements. Doncques est aussi ordonne que personne, soit bourgeois, subject ou estranger, ne doibge de son authorite priuee gaiger, prendre gaige, defendre, barrer ou arrester, soubs l'offence ineuitable de cincquante florins a la bourse de la ville et absentation d'vne annee entiere hors de la ville et limite des bourgeois. Et quiconcques presterat aide a semblable gaigement force, payera la mesme offence et absenterat vng mois, et oultre la dicte offence et absentation les transgresseurs supporteront toutes les missions a la congnoissance du conseil ou de la justice de celui qui auroit ainsi par eulx este gaige et barre.

[1]) Publikationspatent. [2]) AD: [Eigens gewalts sol] [3]) ADCMz: vnd.

220. Ausnahme bei Wirten.

f 21ᵇ. F 26ᵇ. g 101ᵃ. G 122ᵃ. gG 185. t 52ᵃ. T 47ᵃ. tT 31ᵃ. A 73ᵇ. C 133. D 31ᵃ. M 60ᵃ.

Exception vnd freiheit der würthen. Doch diewylen für ein vnwiderrufliche

Exception et priuilege des hostes. D'aultant que par ordonnance et loi irreuocable

ordnung[1]) gesatzt ist, das ein würth, der mit verwilligung der oberkeit offne würthschaft haltet, in der statt oder vfm land, keiner syner gästen, syend rych oder arm, mehr vf borg oder dings[2]) zeessen vnd drinken geben solle dann bis vf ein ürte [3]) oder zehen schilling, vnd das by diser peen, das wann er dem gast wyters vfgibt vnd von demselbigen mit güete [4]) nit mag bezahlt werden, er syn schuld verloren haben|[5]) vnd ihm weder pfand, gericht noch recht oder rhat gehalten, sunders die ansprach der statt heimgeuallen vnd confisciert, durch die venner ze|bejagen|[6]) vnd noch über das jedesmals vmb zehen pfund in stattseckel |gestraft werden|,[7]) hierinnen doch vorbehalten die zehrungen der ehberednussen,[8]) hochzyten, selgerähten[9]) vnd die mäler so mit sprüchen vnd berichten spänniger händlen vfgahnd,[10]) als hat ein oberkeit denselbigen würthen dis recht vnd freiheit gegeben |vnd gelassen|,[11]) das wann einer syn gastmal |der|[12]) ürtin nit hat also bar zezahlen, eb er vom tisch gange, der würth oder syn husuolch gwalt habe, demselbigen gast ein pfand ab synem lyb, sye rock, mantel, wehr oder anders, so der ürtin werth, zenemmen ohne beruf des weibels.[13])

est establi qu'vng hoste tenant tauerne publicque par la permission du magistrat en la ville ou sur le pays, ne doibge plus charger et donner a credit a boire et a manger a l'vng de ses hostes, soit riche ou pauure, qu'vng escot jusqu'a dix sols soubs ceste peine que s'il lui charge d'aduantage, n'en pouluant amiablement estre satisfaict, il aie perdu son debt, sans que lui soit administre aulcungs gaigements, droict, justice ni conseil, ains que son action soit escheute et confisquee a la ville et poursuiuie par les banderets, et oultre ce qu'il soit toutes les fois chastie par dix florins pour la bourse de la ville, toutesfois en ceci reserues les despends des fiançailles, nopces, funerailles et les despends qui se font par accords et prononciations de differends. Par ainsi le magistrat ast permis et accorde ce droict et priuilege aux hostes que si quelcung n'ast de quoi payer promptement son escot auant que de se leuer de table, le tauernier ou ses domestiques auront puissance de prendre vng gaige du corps de tel hoste, soit robbe, manteaul, espee ou aultre equiuaillant a l'escot, sans appeller aulcung saultier.

[1]) Handveste (Werro, Recueil I p. 56), weil abweichend, nicht angerufen. gG: ist ouch allenthalben vsgeschriben worden. [2]) gG: oder beit. [3]) f: ein pfund, aber corrigiert in 10 ß. g (101a): vf

disem artikel halten wir. M ort| [4]) A D: |mit lieb| C: |in güete| [5]) A C D M: |habe| [6]) A D: |bringen| [7]) M: |zegeben| [8]) Erst in t. [9]) F, g und G: jarzyt, hochzyt vnd selgrecht. [10]) gG: die gewonlich in wirtshüsern geschechen, die doch ouch nit vberflüssig syn sol, dan allein eines mahls, zimblichen vnd nit wyters. [11]) ADf || [12]) A C D M: oder| [13]) Add. gG und t: vnd sol er das pfand acht tag vfhalten, vnd wan es in disem termin nit gelöset würd, mag er es vf der gant durch einen weibel vsruefen vnd dem meergebenden verkoufen lassen oder vmb syn gelt vnd vrti selbs behalten, des ouch ein zügnus vom weibel nemmen.

---

221. Scheltung wegen unpfändbarer Zechforderungen.

13. Januar 1601.

T 47b. tT 31a. A 74a. C 134. D 31a. M 60b.

Zusatz zu dem verbott, vmb zehrung ze borgen. Vber [1]) hie ob stehende ordnung sollen die würth gewarnet syn, das wann schon ein würth syn zehrung vnd zahlung von verthüygen burgern, burgerssühnen vnd landlüten nit ynbringen mögend, so solle doch der verlürstig würth ganz vnd gar kein schmachwort darumb bruchen noch vsgiessen, vnd das by mydung wyterer straf von der oberkeit zegewarten.

Adjonction a la defence de bailler a credit. Oultre le contenu de l'ordonnance predicte tous les hostes seront aduertis que ne pouuants consequir payement des despends faicts par des bourgeois, fils de bourgeois ou paysants dissipateurs, il ne leur sera pourtant permis, causant telle perte, d'vser et proferer aulcune parole de mespris ou injurieuse, soubs peine d'en attendre du magistrat vlterieure punition et chastiement.

[1]) Techtermann T: jussu deputatorum adjectum.

---

222. Pfändberechtigte Forderungen.

f 20b. g 94b. G 107b. gG 153. 178. 196. t 38b. T 47b. tT 31a. A 74a. C 135. D 31a. M 60b.

Vmb was sachen man pfänden mag. Vmb gute, vfrechte, redliche schulden, pactungen vnd verheissungen, die mit ordenlichen briefen, durch rechtmässige [heimische

Pour quelles choses l'on peult gaiger. Pour bonnes, vraies et justes debtes, pasches et promesses stipulees en lettres formelles par notaires legitimes du lieu ou estranger, ou bien

oder frömbde|[1]) notarios empfangen oder mit dem rechten oder rechtmässiger][2]) kuntschaft dargebracht, erwisen vnd erlütert sind, vmb vrkund, vmb ergangene vnd mit recht erkannte vnd geuällte vrtheilen vnd verbündliche zusprüch, schatzung oder andere gerichtliche acta vnd erkannte ansprachen vnd schuldbrief oder schriften mit des schuldners hand vnderschriben oder mit synem insigel oder pitschier verwahret, vmb schulden, die in des borgers rechenbücheren oder beigelschrift, auch handschrift vfzeichnet, wann die mit dem eid rechtmässiglich bestätiget werdend, vmb schulden, deren die parthy sunst gichtig, anred vnd bekanntlich ist,[3]) vnd vmb lidlohn — by welchen worten zeuerstahn, das vmb andere vnrichtige, vngichtige oder ob erzählter |gestalten|[4]) nit liquidierte schulden vnd ansprachen[5]) niemand gepfändt noch verhaft werden, sunders der ansprecher den angesprochenen darumb mit dem rechten fürnemmen solle.

verifiees et esclaircies par droict ou par legitimes tesmoings, pour memorials ou sentences rendues et de droict congneues et adjudications obligeantes, pour taxes et aultres actes judiciaulx et actions adjugees, pour obligations et escripts soussignes de la main du debiteur ou bien garnis de son sceaul ou cachet, pour debtes remarquees aux liures de raison, tailles, escriptures et chirographes du crediteur, estant icelles legitimement confirmees par serement, pour debtes confessees, auouees, recongneues par la partie et pour salaire ou argent de peine — par quels termes est a entendre que pour debtes et actions contentieuses, non confessees ou du mode predict liquidees personne ne doibge estre gaige ou barre, ains le pretendant en deburat actionner le ree par justice.

[1]) C f ‖ [2]) A [] [3]) g und G einfacher: Vf al brief vnd sigel oder wan der schuldner gichtig ist. [4]) M: |massen| [5]) Casuistisch beschrieben in gG 178 und 196.

---

223. Rechts- und Pfändungsstillstand.

a) In Kriegsnot.

12. September 1543.

g 112ᵃ. G 141ᵇ. gG 182. 183. t 42ᵃ. T 48ᵃ. tT 31ᵇ. A 74ᵇ. C 135. D 31ᵇ. M 61ᵃ.

In was välen vnd gegen welchen personen die

En quels cas et contre quelles personnes les gaigements doib-

pfandungen füren vnd nit fürgetriben werden sollend. Erstlich ist zewissen, das in diser statt vnd zugehörigen lands kriegsnöthen vnd geuar vnd wann man mit der statt panner |oder venli| [1]) vszücht, sollen alle pfand- vnd rechtsuertigungen still stahn vnd rhuen gegen dero güeteren, die also vsgezogen vnd reisend sind, vnzit si wider anheimbsch oder si zu Gott berueft werdend, ohne das die gelten |der|[2]) verreiseten wyber, kind vnd husuolk noch ihre güter in solcher frist, da si ihr lyb vnd leben in der oberkeit vnd vatterlands dienst darstreckend vnd ihr eigen geschäft versaumend, einichs wegs nit bekümmeren noch pfänden sollend. In diser freiheit sind diejenigen, die in frömbder fürsten vnd herren dienst ihrs freien willens mit oder ohne verwilligung der oberkeit ziehend, nit begriffen, sunders mögend ihre gläubiger wider si vnd ihre güter mit dem pfandrecht füruaren inglych als ob si anheimbsch wärend, vnd ihre wyber, husuolch vnd gewaltshabere pflichtig syn, der pfandrechten zegewarten vnd |derselbigen|[3]) gnug zethund.[4])

gent cesser. Il est a scauoir qu'aux necessites de guerre et danger de ceste ville et pays appartenant quand il est question de sortir auecq la bandiere ou enseigne de ville, tous gaigements et exploictations doibgent cesser et arrester contre les biens de ceulx qui seroient sortis de la façon jusqu'a ce qu'ils soient de retour ou decedes, sans ce que les crediteurs puissent aulcunement molester ou gaiger les femmes et enfants ou domesticques de tels soldats ni leurs biens durant qu'ils exposent corps et biens au seruice du magistrat et de la patrie et negligent leurs propres negoces. En ce priuilege et franchise ne sont compris ceulx lesquels de leur libre volonte auecq ou sans la permission du magistrat vont au seruice des princes et seigneurs estrangers, ains leurs crediteurs pourront suiure contre eulx et leurs biens par gaigement toutes mesures, comme s'ils estoient au pays, et seront leurs femmes, domesticques et chargeayants entenus d'accepter, attendre et satisfaire au droict de gaigement.

[1]) A D f | g und G: zeichen vnd paner. gG: paner vnd eim vendli. [2]) M: |oder| [3]) A C D M: |denselbigen [4]) gG: pfender zeloben vnd zegeben, wie ob, die ouch verkoufen zelassen one ynred, vnd vnser weibel sollend si, als recht ist, verganten, wie ir eid wyset.

224. b) Gegen Erben bis zum Dreissigsten.

f 18b. F 13a. g 96a. G 109b. gG 175. t 44a. T 48a. t T 31a. A 75a. C 136. D 31b M 61b.

In selgerechten der abgestorbnen personen. Diser statt vralter gewohnheit würd gemäs vnd in stätem bruch gehalten, das eines abgestorbnen schuldners erben [1]) vnd das verlassen gut bis nach dem dryssigsten |tag| [2]) des toduals [3]) frei, |vnangegriffen vnd| [4]) vngepfändt blyben vnd nit schuldig syn sollend, einiche pfändung, verbott noch arrest anzenemmen, es sye dann ihr guter will oder des täglichen rhats [5]) ordnung vnd ansehen vs ehehaften vnd bedenklichen [6]) vrsachen.

Aux funerailles des debiteurs decedes. L'anciaine coustume et vsance de ceste ville ast tousjours este obseruee que les hoirs d'vng debiteur decede et l'hoirie doibge estre et demourer libre, sans saisie ni gaigement jusqu' apres le trentiesme jour apres, et les heritiers ne sont tenus d'accepter aulcung gaigement, barre ou arrest, si ce n'est que ce soit de leur bon vouloir ou par ordonnance et decret du conseil journalier pour raisons considerables et legitimes.

[1]) gG: syen natürlich oder geordnet. [2]) C f || [3]) gG: vor vnd ehe der dryssigst gehalten sye, darmit si dem abgestorbnen nach syner rechtsame in ruwen begahn mogend. [4]) C f || [5]) Der Rat erst in t erwähnt, zuvor nur: das si dan mit recht vnd vnser vrtel gewisen werdend. [6]) gG: die wir vns wöllend vorbehalten haben, darin nach gestalt derselben zehandlen.

---

225. Verbot jeder Veränderung des Erbguts während der Dauer des Pfändverbots.

g 96a. G 109b. gG 176. t 43b. T 48b. t T 31b. A 74b. C 137. D 31b. M 61b.

Des |abwesenden| [1]) schuldners erben, husgnossen vnd verwaltern pflicht in obgeschribnem val. Es soll aber in jetzgehörtem val vnd wann der schulden last gross ist, den erben vnd allen denen, die im hus wohnend, höchlich |vnd by eiden| [2]) verbotten syn, die verlassenschaft anzerüeren,

Le debuoir des hoirs, domesticques et tuteurs du debiteur defunct en tel cas. Au cas predict apparoissant les debtes grandes, il est estroitement et par serement defendu aux hoirs et tous aultres habitants, demourants et frequentants en la maison, de toucher, changer, emporter, cacher, retirer, donner, vendre ou d'vser d'aul-

änderen, hinzetragen, verbergen, verschlaben, verschenken, verkaufen oder einiche geuar, list vnd betrug darmit zebruchen, sunder alles vnueruckt zelassen bis nach verschinung des obgemelten zils, dann allein was zum täglichen husbruch von nöthen syn wird.

cune cautelle, danger ou fraude en l'hoirie, ains laisser le tout sans le remuer jusqu' apres le dict terme escoule, si non ce que sera necessaire pour l'vsance de la maison.

[1]) A D M: abgestorbnen [2]) C f

226. Vorläufige Aufzeichnung des Erbguts.

g 96ᵃ. G 109ᵇ. gG 176. t 43ᵇ. T 48ᵇ. tT 31ᵇ. A 74ᵇ. C 137. D 31ᵇ. M 61ᵇ.

Fürsorg vf bemelten val. |Vnd|[1]) zu mehrer fürsorg |desselbigen|[2]) soll vf begehr[3]) |einsen|[4]) oder mehr der gelten[5]) mit nachlass des schultheissen oder rhats[6]) des abwesenden vnd abgestorbnen schuldners verlassenschaft in bywesen eines venners[7]) vnd andrer ehrenlüten inuentiert vnd vfzeichnet[8]) werden.

Asseurance au cas predict. Et pour meilleure asseurance de cela a l'instance d'vng ou plusieurs des crediteurs par licence de l'aduoyer l'hoirie et moyens du debiteur defunct ou absent en la presence d'vng banderet et aultres gens d'honneur seront inuentorises et mis par escript.

[1]) A D f [2]) C: |vf obbemelten fall| [3]) A D z: oder suchen. C z: vnd ansuchen. [4]) A: |einsins| D: ein sin| [5]) g, G und gG z: von stund an. [6]) Der Rath erst von gG an. [7]) Ebenso der Venner erst in gG. Vorher ein schryber in bysyn zweier vnparthyscher. [8]) g und G z: vnd ynbeschlossen.

227. Freie Zeiten und Lagen.

13. Dezember 1521.

F 13ᵇ. g 111ᵇ. G 140ᵇ. gG 150. t 42ᵇ. T 48ᵇ. tT 32ᵃ. A 74ᵇ. C 137. D 32ᵃ. M 62ᵃ.

|Stillstand|[1]) der pfandungen in sunderbar bestimbten zyten vnd orten. Alle pfandungen, vergantungen vnd was von pfandrechten herlangt sollen still- vnd

Cessation des gaigements en certains temps et lieux establis. Tous gaigements et subastations et ce qui depend du droict des gaigements doibt cesser et sursoyer huict jours

ynstahn acht tag vor vnd acht tag nach dem heiligen osterfest vnd souil tag vor vnd nach dem heiligen pfingsttag, item acht tag nächst vor dem heiligen christtag vnd darnach bis vf St. Hilarii, so man nennt den zwenzigsten tag, auch an allen suntagen [vnd anderen von der |heiligen catholischen|[2]) kilchen gesatzten][3]) fest- vnd feiertagen, vsserthalb welcher zyten vnd tagen in landfridens zyten die pfandungen zu jeder zyt des jahrs fürgetrieben werden mögend, vorbehalten die obberüerten väl, wie das vf den dreizehenden tag christmonats 1521 |jahres|[4]) geordnet;[5]) vorbehalten auch, wa kindbetterin sind, dessglychen auch, wa einer |todtkrank|[6]) ligt,[7]) der mit allen sakramenten versehen ist, da soll in monatsfrist kein pfand vsgetragen, veruertiget noch vsgerueft werden.

auant et huict jours apres le sainct jour de pasques et aultant auant et apres le jour de pentecoste, item huict jours auant la natiuite de nostre Seigneur jusqu'au jour feste St.-Hilaire que l'(on) appelle le XX. jour, comme aussi tous les dimanches et aultres jours de feste ordonnes par la saincte esglise catholique, hors desquels temps et jours durant la paix du pays les gaigements pourront estre suiuis en tous temps de l'annee, excepte es temps predicts, comme fust ordonne le 13 en decembre 1521, horsmis aussi ou il (y) auroit des genisses et personnes malades a la mort et munies de tous les sacrements, ne deburat estre tire, exploicte ni publie aulcung gaige dans le terme d'vng mois.

[1]) A D: ¦anstand [2]) C f [3]) A D f [ ] [4]) M f || [5]) Die Fassung von 1521 giebt wörtlich gG (150), wonach die Pfändungen feiern: in der hochwuchen vor ostern, vf den vier hochzytlichen tagen, ouch an allen andern son- vnd festtagen U. L. F. Maria, der apostlen vnd andern der lieben heiligen tagen, so in vnser statt vnd vfm land gefyrt vnd gehalten werdend. Aber vf andere besondere glupt fyrtagen, die etliche kilchörinen vnd andere personen nebent den, die vorgenempt vnd zugelossen sind, vs andacht halten, ist das pfandustragen nit verbotten. Desglychen ouch (verbotten) acht tag vor dem heiligen fest der wyhennachten vnd darnach bis an St. Hilarii. Die frühere Fassung von g bezeichnet den Vorabend vor Weihnacht (Noe) bis St. Hilarii und die Karwoche (später nur vom h. Donnerstag an), aber mit Vorbehalt ehehafter Not, nämlich bei *a*) Betretung des bisher flüchtigen Schuldners in Stadt oder Land; *b*) Betretung eines fremden Schuldners oder Bürgen bei Gefahr des Forderungsverlusts. [6]) A: ¦krank¦ [7]) F verlangt überhaupt bei Executionen Schonung des Kranken, bis er „müglich

wirt." Dauert es dem Gläubiger zu lange, so kehrt er vor Rat. Die Specialisierung der Kindbetten hat erst T „jussu DD. deputatorum."

228. Pfändungsfreie Orte.

g 114ᵃ. G 144ᵇ. gG 172. 173. t43ᵃ. T 48ᵇ. tT 82ᵃ. A 75ᵃ. C 138. D 32ᵃ. M 62ᵃ.

Von orten da man sich der pfandungen gänzlich vnd in jeder zyt v̈berheben soll, vnd in was välen |vnd bescheidenheit.|[1]) Sidtenmal |diser statt|[2]) canzlei-,[3]) rhat- vnd gerichthus, |das kaufhus|,[4]) tuch- vnd brothal, |beuorab|[5]) die kilchen vnd gottshüser in ihrem begriff für freie hüser, in welchen ein jeder frei vnd sicher syn soll, bishär geacht vnd gehalten worden, ist männiglichem verbotten, darinnen zepfänden oder koufmannschatz, gelt oder gut vnd andres zearrestieren oder verbieten, sye frömbd oder heimbsch, vnd sunderlich diser statt burgeren, insässen vnd kauflüten, es gesche dann mit erkanntnus des rhats oder gerichts, wann der schuldner syn war, gelt vnd gut mit vleiss vnd der meinung, das es nit möge gepfändt werden, dahin getragen vnd er sunst nit wohl habend wäre, syne schulden zebezahlen. Alldann mag der gelt mit verwilligung des rhats oder gerichts[6]) dieselbige in verbott stellen vnd pfänden, dem koufhusmeister oder (h)almeister beuelhen, die vf das nutzlichest zeuerkaufen, die losung sampt einer ver-

Des lieux ou on ne peult aulcunement gaiger, en quel cas et auecq quelle discretion. D'aultant que jusques a present la chancellerie, maison de ville, hales de marchandise de drap et de pain, principalement les esglises et maisons Dieu auecque leur pourprinse ont este reputees pour maisons libres ou ce qu'vng chascung doibt estre asseure franc et libre, il est defendu a tous, soient estrangers ou du lieu, specialement aux bourgeois, habitants et marchands de ceste ville, de gaiger, barrer ou arrester en icelles marchandises, argent et biens ou aultre, si ce n'est par congnoissance du conseil ou de la justice, quand le debiteur de guait a pend et a l'intention de ne pouluoir estre gaige, auroit porte illec sa marchandise, argent et biens et qu'ainsi il ne seroit bastant pour payer ses debtes, en quel cas le creancier par licence du conseil ou de la justice la pourra faire barrer et gaiger et commander au maistre de la hale de la vendre au plus proufitablement et remettre le prix auecque vng compte dresse en la chancellerie, duquel le droict de la hale, salaire et gaige se-

schribnen rechnung in die canzlei zetragen, darus dann auch die gerechtigkeit, zoll vnd lohn des kaufhuses vnd (h)al vorabzenemmen. Aber der vsländischen vnd frömbden, an welche diser statt burger vnd angehörige zesprechen, kaufmannschatz vnd war mag darinnen, mit erlaubtnus eines schultheissen ohne versamblung des rhats vnd gerichts[7] wol verbotten vnd verpfändt[8]) vnd nit destweniger vermittelst einer ehrbaren rechnung vnd abtrag |des|[9]) zolls vnd lohns vfrecht verkauft vnd vertriben werden, dessen dann der frömbd zegewarten hat.

ront prins auant toutes choses. Mais les marchandises des estrangers et forains contre quels les bourgeois et appartenants de ceste ville ont action par permission de l'aduoyer, sans assembler le conseil ou la justice, pourront estre defendues et gaigees en la hale et neantmoings moyennant vng juste compte et support de peaige ou salaire rondement estre vendues et debitees, a quoi l'estranger deburat attendre et suspendre.

[1]) A D f |; [2]) C: die [3]) g und G nur: „koufhus vnd aal,“ und als den Ort, wo Lidlohn gepfändet werde: „die canzly;“ erst gG hat die übrigen Orte. Die Freiheit der „aal“ datiert g 114[a] vom 22. Sept. 1411 (ipsa die Mauricii). [4]) C f |. [5]) C f ||. [6]) Schon g erwähnt nur „rat vnd gricht.“ gG fügt dann ausdrücklich bei: Drumb hat vnser schultheis nit gwalt, jemand vf denen hüsern vnd an solichen orten pfenden zelassen one erkantnus vnseres rats, wozu am Rand Techtermann: Non est opus, dwyl des schulths gwalt mit dem wort: dan mit erkantnus des rats vnd grichts genugsam vsgschlossen, vt mihi videtur. Ebenso findet er die nachherige Wiederholung „mit verwilligung“ etc. als „jam dictum“ unnötig. In der That fehlt erstere Stelle dann in T, aber letztere Fassung bleibt und wird in negativer Form verstärkt durch die am Schlusse dem Schultheiss erteilte Ermächtigung, ohne Versammlung des Rats gegen Fremde „zu handeln.“ [7]) gG ... das mag vnser schulths wol bewilligen vnd die partyen an den rhat wysen, wozu aber ein Subscriptum unter „vnd“ vorschlägt „one,“ was T in unserer jetzigen Fassung: „ohne versamblung“ etc. berücksichtigt. [8]) Der Ratsbeschluss von 1411 lässt diese Pfändung zu (nur) durch einen Weibel, „aber sunst nit, wie es bishar gebruchet.“ [9]) M: eins

229. Pfändungseinleitung.

L 42. 44. f 20b. F 24b. 94a. g 101b. G 106a. 121b. gG 140. 141. t 38b. 50b. T 49a. tT 32a. A 75b. C 139. D 32a. M 62b.

Wie die pfandungen sollend an- vnd fürgetriben werden. Die pfandungen vmb oberzählte vnd -beschribne ansprachen sollend frömbde vnd heimbsche borger (allein diser statt ynwohnere, wann ihr ansprach vf brief gegründet, vsgescheiden) mit erloubtnus eines schultheissen oder statthalters antryben vnd das by einem pfund buss dem landmann oder vnderthanen, vnd by dreien pfunden buss dem frömbden im val |vbersehens|[1]) abzenemmen. Die pfandungen in der statt vnd alten landschaft sollind verricht, geuertiget vnd vollnzogen werden durch diser statt weibel allein[2]) vnd nit durch die ammann vf dem land.

Comme les gaigements doibuent estre suiuis. Par actions susdictes et rescriptes les gaigements doibuent estre suiuis par crediteurs du lieu ou estrangers (excepte seulement les habitants de ceste ville, les actions desquels sont fondees sur titre) auecq licence de l'aduoyer ou du lieutenant soubs le bamp d'vng florin pour vng paysant ou subject, payables en cas de transgression et obmission. — Les gaigements dans la ville et anciaines terres doibuent estre faicts, executes et achepues par les saultiers de ceste ville seulement et non par les mestraulx du pays.

[1]) C: |vberfahrens| [2]) g und Gz: vnd stattknecht. S. B. p. 398 (marg.): Vor zyten geschahen die pfandungen vf der alten landschaft durch die ammanne, aber darumb das die stattweibel nit welten die pfender in der statt vf ir der ammanne pfandung verkoufen vnd sich des kleinen gwins klagtend, hat man die ammanne abgetan. 16. Mai 1525.

---

230. Pfändungsansage.

L 42. 43. 48. g 102b. 114b. G 123b. 145b. gG 141. 160. 169. 171. 203. t 39a. 45b. 50a. 53b. T 49b. tT 32a. A 76a. C 140. D 32b. M 62b.

Des weibels ambt in pfandungen. Vor allen dingen soll der |angesprochen|[1]) weibel den ansprecher warnen, das er nit mit vnrecht pfanden lasse, |mit anzeig das er darumb gebüsst werden vnd al-

Office du saultier aux gaigements. Auant toutes choses le saultier demande auertira l'instant qu'il ne fasse gaiger a tort, lui remonstrant qu'il seroit chastie et fauldroit supporter toutes les costes. Pour

len kosten abtragen müessten.[2]) Die pfandung zeuerrichten [ist der weibel |verbunden|,[3]) dem schuldner zu hus vnd hof zegahn][4]) vnd ihme die pfandung syner vahrenden hab oder ligenden güteren, wa die vahrenden nit gnugsam wärend,[5]) mit einandern, nach der statt recht [zeuerkünden. Darumb soll er |lugen|,[6]) das er den schuldner, wa müglich persönlich, pfände].[7]) Wäre aber der schuldner nit anheimbsch, so soll er des schuldners wyb oder gesind oder diensten, die eines guten alters vnd verstands sind, ankünden vnd sagen: „ein sollicher (mit namen ...) lasse den meister pfänden vmb ein solliche summ...,[8]) das sollend si ihme kund thun, dann wa er in acht tagen nit dawider rede, so werde die pfandung gültig syn.“[9]) — Dann so der weibel allein sagte, er pfände den schuldner vmb die summ, die er möchte schuldig syn, die summ aber nit nambsete, |vnd|[10]) die partyen harnach stössig wurdend, soll die pfandung mit recht aberkennt, vnd der weibel vmb synen vehler ein tag vnd ein nacht mit geuengnus gestraft werden, |oder|[11]) drei pfund buss darfür geben.[12])

executer les gaigements le saultier est entenu aller a la maison du debiteur et notifier scelon le droict de ceste ville la leuation de ses gaiges meubles ou immeubles, en cas les meubles ne fussent bastants, les meubles et immeubles ensemble, dont il prendra garde, s'il est possible, de gaiger le debiteur en personne. Mais n'estant le debiteur a la maison, il notifierat a la femme du debiteur ou soit a ses domesticques et seruiteurs qui soient de bon eage et esprit, leur disant „que c'est vng tel (nomme ...) qui faict gaiger leur maistre pour une telle somme ..., ce qu'ils doibgent signifier. Car s'il ne contredict en huict jours, les gaigements seroient valides.“ Que si le saultier disoit seulement qu'il gaige le debiteur pour la somme qu'il pourroit estre redebuable, sans la specifier, et que par apres les parties tombassent en differend, tel gaigement sera rejecte par droict et le saultier pour telle faulte chastie par emprisonnement d'vng jour et d'vne nuict ou bien payera trois florins de bamp.

[1]) A D: |bedingt| [2]) A D: |by peen der buss vnd abtrag costens, demnach ...| [3]) C: |schuldig| [4]) A D: [soll er d. sch. z. h. v. h. g.] [5]) g: vsgenomen die yngesetzten vnderpfender, daruf einer angehnds vallen mag. [6]) C: |sehen| [7]) A D: [wo müglich persönlich vnd vnder ougen verkünden] [8]) A D z: die er ouch nampsen sol. [9]) Dies hat (nach gG 171) später der Weibel

bei seinem Eid zu bezeugen. [10]) **M f** |, [11]) **C f** |, [12]) **gG (203) und t (53b) z: vmb syn ledigung. Die früheren Missbräuche, welche ohne Zweifel diese Androhung veranlassten, beschreibt gG (16): wiewol nach formb vnseres alten stattrechtens die pfender habend offenlich vf der gassen sollen durch einen weibel vsgerüeft werden, damit das jeder wüsste, wer gepfent were worden, so ist doch solicher bruch vnzit her in abgang komen durch schuld der weiblen, die solichs recht vbersechen habend, dermassen das si verborgener wys die pfandungen vnd remissiven vfgricht vnd angeben, darus dan zwüschen den weiblen vnd den partyen vil misverstands vnd spen sind erwachsen, wie wir oft gespürt.**

---

231. Pfändverrichtung („Pfand loben").

g 100b. G 119b. gG 140. 163. 164. t 40a. T 49b. tT 32b. A 76b. C 141. D 32b. M 63a.

|Wie es ergahn soll,|[1]) wann der schuldner pfand lobt. Wann der angesprochne schuldner der schuld vnd ansprach bekanntlich |ist|[2]) vnd personlich pfand lobt vnd verwilliget, kein zahlung fürwendt noch für oder wider die pfandung spricht, oder wann er abwesend gepfändt vnd die pfandung synem wyb, verständigen kinden oder diensten angekündt vnd durch dieselbige ihme anzeigt wäre, vnd er in den ersten acht tagen nach der pfandung nichts wider die pfandung redte, der soll noch mag hernach die pfandung nit |verbrechen|,[3]) verhinderen noch interrumpieren, sunders soll vnd muss er die pfandung lassen fürgahn, dieselbige auch kraft haben vnd, wie sich gebührt, geuertiget werden. Vnd im val er sich hernach widriget, die pfänder zegeben, ist er dem schult-

Quand le debiteur accepte le gaigement. Quand le debiteur actionne confesse le debt et en personne consent et accepte le gaigement sans alleguer aulcung payement ni contrediote au gaigement, ou bien estant icelui absent et le gaigement notifie a sa femme, enfants entendus ou seruiteurs par lesquels lui auroit este redict et signifie, et qu' icelui les premiers huict jours apres les gaigements ne contrediot aulcunement, icelui ne doibt ni peult par apres vicier, empescher ou interrompre tels gaigements, ains les fault et doibt laisser passer, iceulx estre valides et expedies comme s'appartient. Et si par apres il refusoit de bailler des gaiges, il serat escheu sans mercy a trois florins d'offence a l'aduoyer qu'il payera tout a l'instant et baillera neantmoings les gaiges. Que s'il

heissen drei pfund buss ohne gnad veruallen. Die soll er angehends erlegen vnd nit destominder pfänder geben. Wo er es dann angehends nit thut, so solle der schultheiss ihne den nächsten[4]) heissen ynlegen vnd nit vslassen, er habe dann die buss erlegt oder im geuengnus drei tag vnd drei nächt zu wasser vnd brot abgebüsst vnd darzu die pfänder gelobt vnd gegeben.

ne le faiot tout incontinent, l'aduoyer le faira tout subitement incarcerer sans le lascher, qu'il n'aye paye l'offence ou bien icelle efface par la detention de trois jours et trois nuicts en pain et en eau et encourre accepte et donne des gaiges.

[1]) C f | [2]) C f | [3]) M: |verbieten| [4]) gG und t: angehends.

232. Verfahren bei Anständen.

12. September 1543.

G 108ᵃ. gG 171. t 38ᵇ. 39ᵃ. T 50. tT 32ᵇ. A 77ᵃ. C 142. D 32ᵇ. M 63ᵇ.

W a n n d e r s c h u l d n e r p f a n d v e r s a g t. Wann der schuldner oder angesprochne parthy angehends [vf die ankündung |der pfandung|,[1]) so er eintweders von dem weibel selbs oder von synem wyb, verständigen kinden oder diensten empfangen oder][2]) in den ersten acht tagen nach der pfandung dem weibel pfand versagt, der ansprach gänzlich abred ist vnd dem weibel die vrsach eröffnet, warumb er die pfandung nit wölle gutheissen noch loben, ist in solchem val der weibel pflichtig, den abschlag der |pfänderen|[3]) sampt den vrsachen dem ansprecher oder gelten, im val er selb bei der pfandung nit zugegen wäre, anzezeigen vnd zu wissen ze-

Quand le debiteur refuse les gaiges. Si le debiteur ou partie actionnee sur la notification des gaiges a lui faicte par le saultier ou bien a sa femme, enfants entendus ou seruiteurs signifiee tout incontinent ou bien dans les premiers huict jours apres les gaigements faict refus des gaiges au saultier, denegant entierement l'action, en declairant au saultier la raison pour quelle il ne veult approuuer ni accepter les gaigements, en tel cas le saultier serat entenu de rapporter et faire scauoir au demandeur ou crediteur, si ce n'est qu'il fust este present aux gaigements, tel refus des gaiges et les raisons d'icelui. Et quand l'aduoyer ou lieutenant serat informe de l'op-

thun. Vnd wann ein schultheiss oder statthalter von den parthyen [der opposition bericht würd, soll er die |pfandung|[4]) vfhalten, die parthyen][5]) für rhat (fürnämblich wann der ansprecher frömbd ist) oder aber für gericht wysen, da dann nach verhör beider theilen rechtens [geordnet vnd erkannt werden soll, was |göttlich|[6]) vnd billich syn würd.][7])

position des parties, il releuera tel gaigement et renuoyera les parties en conseil, principalement quand l'instant est estranger, ou bien en justice, ou ce qu'apres auoir entendu les droicts des parties ambes, sera congneu et sentence ce que sera juste et equitable.

[1]) C f |. [2]) A D: [oder wan si synem gesind, wie ob stat, verkünt worden] [3]) C: |pfandung| [4]) M: |parthyen| [5]) A f [] [6]) C: |gütlich [7]) A D: [des billichest zeerkennen ist]

233. Verfahren bei Zahlungsbehauptung.

g 94b. G 107b. gG 153. 171. t 39a. T 50a. tT 33a. A 77a. C 142. D 33a. M 64a.

Wann der schuldner zahlung fürwendt. Wurde auch ein schuldner oder angesprochner fürwenden, er hette etwas vf die schuld bezahlt, vnd der ansuchend des nit anred syn wöllte, so soll alldann die pfandung auch stillstahn, bis das der handel vor rhat oder gericht, da die parthyen hinzewysen, erlüteret worden sye. Ihnen soll aber erstlich by dryen, demnach by sechs vnd zum dritten vnd letsten by nün pfunden buss gebotten werden, innerthalb einem zil, acht, nün oder mehr tagen, mit einanderen zerechnen. Disem gebott sollend die parthyen nachkommen, vnd die vngehorsam parthy jedesmals die buss zu des schultheissen

Quand le debiteur allegue payement. Si le debiteur actionne alleguoit d'auoir paye quelque chose sur le debt, dont le creancier ne seroit confessant, les gaigements cesseront jusques a ce que la cause soit decidee en conseil ou en justice ou ce que les parties seront renuoyees. Toutefois en premier lieu leur sera commande soubs le bamp de trois florins, par apres de six florins et pour la derniere et troisiesme fois de neuf florins, de compter par ensemble dans vng terme de huict, neuf ou plusieurs jours, auquel commandement les parties se deburont conformer. Le contreuenant ou desobeissant doibt tousjours payer l'offence a l'ad-

handen erlegen. Vnd soll demnach das lieb recht [1]) |wyter| [2]) walten. [3])

uoyer, et par apres le droict s'ensuiura plus oultre.

[1]) A D C z: darüber. [2]) C f | [3]) g und G haben bloss drei Pfund Bussumme und keine Rechnungsfrist.

234. Bussen bei ungehörigem Angriff oder Vorwand.

g 96b. G 118a. 119a. gG 154. 165. t 39a. 42a. T 50b. tT 33a. A 77b. C 143. D 33a. M 64a.

Straf des vnbillichen pfändens vnd verheftens, auch des vnbillichen pfanduersagens. Befindt sich der pfandend am vnrechten vor rhat oder gericht, so ist er dem schultheissen sechs pfund |vnablässiger| [1]) buss veruallen, vf der |stett| [2]) zebezahlen, ist auch in kosten vällig. — Hat aber der gepfändt das pfand vnbillich versagt, ist er dem schultheissen zu dreien pfunden buss vällig an barem geld oder silbernem pfand, eb er vs dem rhathus gange, zeerlegen, vnd by glycher buss soll er dem pfänder allen kosten abtragen vnd vs dem rhathus nit gahn, er habe dann pfand gelobt. — Funde sich auch härnach, das der schuldner mit vleiss vnd geuärd der schuld wäre abred worden oder die zahlung hätte fürgewendt, allein syn gleübiger lang |vfzezüchen,| [3]) so soll er von solliches geuarlichen vfzugs wegen drei pfund buss also bar in die büchsen vber die vorige buss erlegen.

Punition des gaiges, barres et refus des gaiges faicts mal a propos. Le crediteur gaigeant se trouuant a tort en conseil ou en justice, il est escheu a l'aduoyer l'offence irremissible de six florins payables tout promptement (comme aussi condannable aux missions). — Mais si la partie gaigee refuse a tort les gaiges, elle est escheue a l'aduoyer de trois florins de bamp payables en deniers comptants ou par vng gaige d'argent auant que descendre de la maison de ville. Et soubs le mesme bamp deburat-il supporter les missions du crediteur et ne sortir de la maison de ville qu'il n'aye accepte les gaigements. — Et si recongnoissant par apres le debiteur auoir de guait a pand et cauteleusement denegue le debt et allegue payement seulement pour (longtemps) retarder le creancier, il debura pour telle cauteleuse dilation ou retardement oultre l'offence predicte desliurer promptement trois florins de bamp en la boette.

[1]) C: vnablässlicher M: |vnablösiger| [2]) C: |stell| [3]) C: |aufzuhalten|

235. Zugriff bei ungehöriger Pfandweigerung.

14. März 1416. 14. Juni 1547. 13. August 1555.

L 47. f 23ᵃ. F 30ᵃ. g 100ᵇ. 104ᵃ. G 120ᵇ. g G 166. t 41ᵇ. T 50ᵇ. t T 33ᵃ. A 77ᵇ. C 143. D 33ᵃ. M 64ᵇ.

Wann der pfandbar schuldner sich vngehorsam erzeigt. Damit die vnrichtigen schuldner als böse zaler vnder dem schyn diser statt burgerlichen freiheiten ihre gelten nit vfhalten oder betriegen mögind, ist angesehen, das wann einer vmb gichtige oder erkannte ansprach pfandbar ist vnd aber vs vngehorsame sich nit will pfänden noch das pfand |veruolgen|[1]) lassen,[2]) nachdem ihme [die gesatzte buss der dreien pfunden abgenommen syn würd, so soll der grossweibel][3]) oder[4]) anderen weiblen einer vf des gelten begehren vnd eines gesessnen |ehrsamen|[5]) rhats beuelch in des schuldners hus gahn mit dem weibel, der die pfandung gethan, vnd allda (wann man ihme sunst nit |vfthun|[6]) will) thür vnd thor, gemach, trög |vnd gehalt|[7]) vfbrechen, die vahrende hab, die da ist, ersuchen vnd dem gelten von derselbigen souil zu pfand geben, vf nachgehenden märktstag mit dem gantruf zeuerkaufen, das er der schuld vnd alles billichen kostens vernügt möge werden. Vmb solche execution soll dem grossweibel[8])

Quand le debileur gaigeable se monstre desobeissant. Afin que les debiteurs non liquides comme mauuais payeurs soubs pretexte des franchises des bourgeois de ceste ville ne puissent entretenir et tromper leurs creanciers, ast este ordonne qu'estant quelcung gaigeable pour debts liquides et confesses, mais par desobeissance ne veult permettre le gaigement ni desliurer des gaiges, apres qu'il aurat este chastie de l'offence imposee de trois florins, lors le grand saultier ou l'vng des aultres saultiers a l'instance du crediteur et par commandement du conseil ordinaire irat auecq le saultier qui aura faict les gaigements, a la maison du debiteur et, si on ne veult lui faire ouuerture, rompra les portes, chambres et coffres et fermures pour rechercher et remettre au crediteur de gaige les meubles qui y pourroient estre, afin de les vendre aux suiuans marches a l'inquant et au plus ouffrant, qu'il en puisse estre satisfaict du debt et de toutes missions raisonnables. Et pour telle execution le salaire du grand saultier est vng florin, mais l'vng

ein pfund zu lohn werden, aber der vbrigen weiblen einer soll sich des gewohnten lohns benügen.

des aultres saultiers se contentera du salaire accoustume.

[1]) C: |erfolgen [2]) Die Beschränkung auf diesen Thatbestand hat erst T. Die früheren Entwürfe ausser f und F vereinigen damit noch die Fälle der hier nachfolgenden drei Artikel. f und F dagegen sagen: wellicher einist pfender geben hat vnd demnach sich wyter widert, der sol angehnds vmb drei pfund gebüesst werden, vnd so er die buss nit angehnds geben wil, sol man in vengklich annemmen vnd iij tag zu wasser vnd brod inligen vnd jeden tag 1 pfd. abdienen. Add. F: doch sol der weibel die summ widerbringen, vnd mag der lobend zu keiner rechnung, die er fürwenden welt, nach der lobung nit komen. [3]) A f | [4]) C D M z: der. [5]) C f | [6]) C: |aufmachen| [7]) C: |mit gewalt| [8]) Nach g 101ª scheint die Mitwirkung des Grossweibels erst allmälig — und zwar erst nach erfolgter Selbstentziehung oder Weigerung — aufgekommen zu sein („ist der bruch entsprungen“).

236. Verfahren bei Selbstentziehung des Schuldners.

g 104ª. G 126ᵇ. g G 167. t 41ᵇ. T 51ª. t T 33ª. A 78ª. C 144. D 33ᵇ. M 64ᵇ.

Wann der schuldner sich selbs vnd das pfand |verschlacht|.[1]) Ist ein pfand veruallen vnd der schuldner dasselbig härnach nit will härusgeben, sunders sich versperrt, verbirgt oder verschlacht in synem hus oder |anderstwa|,[2]) der soll weder in synem, syner fründen vnd nachburen noch anderer lüten hüseren sicher syn, sunders soll der weibel by synem eid allenthalben suchen vnd, wa er ihn findt, angryfen vnd venglich annemmen vnd des orts niemand verschonen, |auch|[3]) einichen betrug |oder|[4]) geuar bruchen by mydung glycher straf. Der schuldner soll nit vsgelassen werden, er habe

Quand le debiteur se cache lui mesme auecq le gaige. Estant vng gaige escheu et que le debiteur ne le veult desliurer, ains s'enferme et cache en sa maison ou ailleurs, icelui ne pourra estre asseure en sa maison ni aux maisons de ses parents, voisins ou d'aultres gens, ains le saultier par son serement debura chercher partout et, le trouuant, le saisir et emprisonner, sans supporter ou pardonner a personne en cest endroict, moings vser d'aulcune cautelle et danger soubs le mesme chastiement, et le debiteur ne sera relache qu'il n'aye paye trois florins d'emende a l'aduoyer et permis d'extraire les gai-

dann dem schultheissen drei pfund buss erlegt vnd die pfänder vstragen lassen. Doch sollend soliche angriff der burgerlichen freiheit,[5]) das ein burger in synem hus nit sölle geuangen werden, in andere weg oder in anderen välen kein schaden noch abbruch bringen.

ges. – Toutesfois telles saisies ne deburont en d'aultres endroicts apporter aulcune diminution ou prejudicier aux franchises des bourgeois, qu' vng bourgeois ne doibge estre prins prisonnier en sa maison.

[1]) C: versagt [2]) g, G und gG: hinderhalt [3]) A C D M: noch [4]) M: noch [5]) gG: dan dise nachlassung ist allein vs dem grund geschechen, darmit die schuldner vnd bös zaler nit vrsach habend, vnder dem schyn des verburgens vnd solicher fryheit irn gelten vfzezühen vnd zebetriegen, wie es bishar misbrucht worden. Add. Moderation durch die h. h. verordneten: ist harzu getan, das ein solich ersuchen von der oberkeit vsgebracht werde (causa finalis forte subticenda). damit vnder disem ersuchen der burgerlichen fryheit zuwider eines burgers heimlichkeit nit ersucht werde.

---

237. Verfahren bei Landflucht des Schuldners.

L 45. f 21ª. F 25ª. g 95ª. 96ᵇ. G 108ᵇ. 111ª. gG 158. t 42ª. T 51ª. tT 33ᵇ. A 78ᵇ. C 145. D 33ᵇ. M 65ª.

Wann der schuldner gar flüchtig vnd landscheüch [1]) würd. [Wann auch einer, sye frömbd oder heimbsch,[2]) von schulden oder anderer sachen wegen flüchtig vnd vsländig würd,] [3]) sich verbirgt oder syn hab hin vnd här flöchnet [4]) vnd aber [5]) heimlich in statt oder land kompt, den mag ein jeder burger, der im burgerbuch yngeschriben, ohne erloubtnus,[6]) vnd ein jeder yngesessner vnd landmann, der nit burger ist, mit erloubtnus des schultheissen[7]) vmb das, so der flüchtig schuldig ist, [pfänden, verbieten,] [8]) verheften vnd arrestieren] [9]) sampt

Vng debiteur se rendant fugitif. Quand aussi quelcung, soit du lieu ou estranger, pour debt ou aultres choses se rend fugitif et absent ou bien se distraict ou refuit ses meubles ça et la et neantmoings entre en la ville secretement, icelui auecq tous ses biens et moyens pourrat estre gaige, barre et arreste par chasque bourgeois enrolle au liure des bourgeois sans aulcune licence et par chascung habitant et paysant non bourgeois par la permission de l'aduoyer, jusques a la somme dont tel fugitif est redebuable. Mais si vng habitant ou paysant non

hab vnd gut.[10]) Gebruchte sich aber der hindersäs oder landmann, |so nit burger,|[11]) eines sollichen gewalts |ohne erloubtnus eines|[12]) schultheissen oder statthalters, so soll er demselbigen jedesmals sechs pfund buss |gelten|,[13]) er möge dann by|[14]) |synem vfrechten eid|[15]) beheben|,[16]) das der schuldner flüchtig worden vnd |entrunnen|[17]) wäre, wann er (der gelt) der erloubtnus hätte begehrt vnd aber |dem|[18]) erwarten müessen.[19])

bourgeois prenoit ceste authorite sans licence de l'aduoyer ou lieutenant, il lui payera pour chasque fois six florins de bamp, si ce n'est qu'il puisse soubstenir par juste serement que le debiteur fugitif fust echappe en ce que lui le crediteur eust demande et faillit attendre le conge.

[1]) A C f || [2]) gG: ein frömbder, so nit stattrecht tut, oder ein burger, hindersess oder landmann. [3]) A D: [wird einer, s. f. o. h. v. sch. o. a. s. w. fl. v. vsl.] [4]) A D: |flöcht| C: |flöcket| [5]) f, F, g und G: |oder| [6]) C z: eins schultheissen. gG z: mit dem weibel oder eignen gwalts. [7]) g und G z: vnd nit on. [8]) C f || [9]) f, F, g und G: [pfenden oder arrestieren, deweders inen bas geualt] [10]) g (95ª): oder inen selbs nemmen vnd hinder einen vnparthygen tun. [11]) C f || [12]) A D M: |onerloubt des| C: |ohne erlaub des| [13]) C: |geben| [14]) C: |mit| [15]) L, f, F, g und G: |syner trüw an eides statt| [16]) A: |behalten| [17]) L, f, F, g und G: |von hand komen| [18]) A C D M: |dero| [19]) Hier schliessen F bis t incl. den Art. 234 an, welcher dann von T an gesondert und versetzt wird.

238. Gewaltsame Pfandentziehung.

(Daten wie Art. 235.)

g 103ᵇ. G 125ᵇ. g G 197. t 40ᵇ. T 51ᵇ. tT 33ᵇ. A 78ᵇ. C 145. D 33ᵇ. M 65ª.

Wann der schuldner das pfand mit trutz vnd gewaltiger hand entwehrt. Welcher einem weibel vnd amptsmann, der einen gepfändt vnd dem gelten pfänder übergeben wöllte vnd zustallte, dieselbigen pfänder mit gewaltiger hand oder anderen thaten vnd trewungen (dem weibel oder dem gelten) ent-

Quand le debiteur recourt[9]) *le gaige par force.* Le saultier ou officier ayant suiui les gaigements et voulant remettre au crediteur les gaiges, si quelcung auecq main armee ou aultres faicts et menaces les oste et empesche le saultier ou le creancier, icelui tiendra la plus estroite prison l'espace de huict jours en pain

wehrt, nimbt oder verhindert, der soll acht tag zu wasser vnd brot in der |innersten|[1]) |geuengnus|[2]) ligen, drei monat leisten[3]) vnd vor annemmung der leistung angehends[4]) zehen pfund der statt bezahlen ohn gnad vnd hat vierzehen tag zils, die leistung anzenemmen. Welcher aber in solchem val den amptsmann schlägt mit der fust oder anderen dingen ohne blutruns, der soll die hand |verwirkt|[5]) haben, |vf|[6]) gnad mit |hundert|[7]) pfund zebüessen vnd zelösen.[8]) Bringt er ihn aber vmb, so soll derselbig schuldner gericht werden wie ein mörder.

et eau, payera dix florins d'emende a la ville sans mercy et absentera les lieux trois mois durant, lui laissant toutefois quatorze jours de relasche deuant qu'absenter. Et celui qui en tel cas frappera l'officier du poing ou aultres choses, sans effusion de sang, sera priue de la main, si de grace il ne la reachepte auecq cent florins. Et s'il le mettoit a mort, tel delinquant sera puni en haulte justice comme vng meurtrier.

[1]) C f [2]) gG und t: loch [3]) S B p. 181: nach leistens recht. [4]) g: nach der leistung, ee er hinynkomen. S B l. c. glych nach der leistung. [5]) C: |verloren| [6]) M: |mit| [7]) g und G: sechzig. [8]) g und G: zeerkoufen zusampt der vorigen leistung. Der si aber nit zeerlegen hat, sol by dem eid die statt vnd landschaft myden vnzit er die zalt habe. [9]) Sinn: recouvre.

239. Auftreten des Pfändungsbeamten in solchem Fall.

gG 197. t 40b. T 51b. tT 33b. A 79a. C 146. D 33b. M 65b.

Wie ein weibel oder amptsmann sich in solchem val zeuerhalten.[1]) Es soll aber der weibel sich in solchem val nit glych zur wehr |gegen ihme|[2]) stellen, sunders ihne vermahnen vnd warnen, zelugen vnd denken, was er thue. Vnd wann |ers|[3]) darab nit thun will, ihme ehe das pfand blyben lassen vnd es klagen by synem eid. Würd aber der amptsmann vom schuldner angegriffen, so mag

Toutefois en tel cas l'officier deburat auoir telle discretion qu'il ne mette incontinent la main aux armes, ains qu'il exhorte et admoneste la partie de ce qu'il conuient de faire. Que si elle ne faict d'estat de telle admonition, l'officier lui pourra laisser les gaiges et releuer ou accuser le tout par son serement. Que si l'officier estoit attaque de faict par le debiteur, il se pourra mettre en defense, et

er sich synes lybs vnd lebens erwehren. Vnd vals er den schuldner vnderdess lyblosete, mag er des todschlags ledig erkennt werden. Vnd damit die amptslüt destobas gehandhabt werdind, solle der schultheis solliche zuuäl, wann si ihme zewissen werdind, vfs fürderlichist dem täglichen rhat fürbringen vnd des orts niemanden verschonen.

en soi defendant s'il mettoit a la mort le debiteur, il pourrat estre congneu libre et quitte de homicide. Et afin que les officiers soient de tant mieulx maintenus, aussitost que l'aduoyer entendra tels euenements, il le remonstrera au plus brief au conseil ordinaire sans support de personne en cest endroict.

[1]) Der französische Text schliesst den Abschnitt unmittelbar an den vorangehenden. [2]) A M f | [3]) A C D M: | er

240. Verbürgung des Pfandes.

12. September 1543.

L 70. g 100a. G 118a. g G 179. t 44b. T 52a. t T 34a. A 79b. C 147. D 34a. M 66a.

Von bürgschaft in arrest vnd verheftungen. Würd jemanden |hie|[1]) etwas in haft vnd verbott gelegt, daruf kosten anlaufen mag, als mit rossen, rindern vnd anderm vich, war vnd |kaufmannschatz|,[2]) die |in verbott vnd haft gelegt|[3]) würd vf kostens bis zu vstrag rechtens, vnd einer sichere bürgschaft darumb anbieten thut vf recht hin, so ist der ander schuldig, selbige zeempfahen vnd ihme dann syn behaftet pfand oder gut ledig zelassen mit dingen, das der schuldner oder versprecher vnd syn bürg beide an stab lobind, allhier am rechten vf allen gewohnlichen gerichtstagen ihme red vnd antwurt zegeben vnd vom rechten nit |abzetreten,|[4]) bis

Des cautions aux barres et defences. Si quelque chose est mise aux arrests et barree qui cause des missions, comme cheuaulx, bœufs et aultre bestail et marchandise barree et sequestree a missions jusques a decision de cause, estant pour icelle propose fiancement asseure sur droict faisant, la partie serat entenue d'accepter et permettre main leuee ou lascher le gaige arreste a condition que le debiteur et sa fiance promettent par le baston judicial de lui respondre et contester en la justice d'ici toutes les juridicques ordinaires et ne se retirer du droict jusqu'a ce que la cause par sentence soit descidee. Et celui qui ne se vouldroit contenter de tel

das der handel vsgesprochen sye. Wellicher aber sollicher bürgschaft nit wöllte ersättigen, der soll drei|[5]) pfund buss in die gerichtsbüchsen erlegen vnd dem |verheften vnd|[6]) arrestierten in den nachgeenden kosten, so mit ihme |vnd synem gut|[7]) von des arrests wegen gaht, veruält syn.

fiancement, icelui payera trois florins d'emende en la boette de justice et encourre sera condampne aux missions secutiues de la partie barree suruenantes causant la barre faicte sur lui ou sur ses biens.

[1]) C: allhie| [2]) D: |kaufmannschaft| Ursprünglich zunächst auf „ässige pfänder, doruf döglich schad gieng, dodurch zue zyten mee kostens vber die atzung solicher pfender gangen ist, dann die schuld gewesen." Später (von g an) auch auf „andre war vnd koufmanschatz" erstreckt. [3]) D: |wärschaft darumb anbieten| A: |werschaft [4]) M: |zu tretten| [5]) g, G, gG, t: |ein| [6]) Cf || [7]) Cf ||

---

241. Recht zur Pfandauswahl. Rechtsfolge.

10. Juli 1522. 12. September 1543.

g 111. G 139b. gG 143. t 45b. T 52a. tT 34a. A 79b. C 147. D 34a. M 66a.

Gemeine regel |vmb|[1]) pfandungen vahrender gütern. Vahrend gut vnd hab mag jeder vmb syn schuld angryfen,[2]) vnd welcher dieselbige zum ersten angryft, verruckt |vnd|[3]) vstragt, veruertiget vnd vergantet, dem soll si blyben, er sye der ältesten oder |jungeren|[4]) schulduorderer, obschon ein anderer si gepfändet vnd aber nit verruckt hätte. Derhalben soll ein jeder, der syn schuldner pfänden last, die vahrhab angehends in thuyender pfandung verrucken vnd vs des schuldners hus tragen lassen zu gemeinen handen in eines nach-

Reigle commune pour le gaigement des meubles. Vng chascung pour son debt peult saisir des biens meubles. Et celui qui premier les aura saisi, remue, extraict, subaste et exploicte, ils lui resteront, qu'il soit des plus anciains ou derniers crediteurs, encourre qu' vng aultre les auroit gaige, mais non remue. Le crediteur ast aussi son choix de prendre des gaiges meubles tels qu'il lui plaira sans se conformer a la volonte du debiteur. Par ainsi vng chascung faisant gaiger vng debiteur en faisant les gaigements fairat aussitost remuer les meubles et les porter hors de la mai-

buren hus oder anderstwahin thun ohne das der gelt schuldig sye zewarten vnz das die pfänder verkauft werdind oder veruallen syend. Darzu ist der weibel schuldig, dem gelten das pfand in die hand zegeben vnd ihme zum verrucken vnd vstragen behilflich vnd der schuldner nit verhinderlich[5]) syn,[6]) alles vf das end hin, damit ein anderer, der härnach auch kommen vnd den schuldner pfänden lassen wöllte vnd dieselbigen angryfen, dem ersten gelten syn gepfändte hab nit nemmen möge.

son du debiteur en mains d'aultrui, en la maison du voisin ou ailleurs, sans que le crediteur soit oblige d'attendre jusqu'a ce que les gaiges soyent vendus et eschus. Oultre cela le saultier est tenu remettre les gaiges entre les mains du crediteur et lui aider a les remuer et extraire, sans que le debiteur les puisse ou doibue empescher, ains est icelui tenu de remettre ou desliurer les gaiges au saultier ou au crediteur et permettre de les porter hors de la maison, le tout a ceste fin que par apres venant vng aultre a gaiger le debiteur qui les vouldroit saisir, ne puisse prendre et retirer les meubles gaiges du premier creancier.

[1]) C: |in [2]) Gleichviel ob in erster Linie oder nur eventuell bei Unzulänglichkeit anderer Pfänder, wovon gG Art. 168. [3]) M f || [4]) C: |der jüngst| [5]) C M z: zu. [6]) M C z: wie dann der schuldner ouch pflichtig ist, die pfender dem weibel oder gelten zehanden zestellen vnd vs dem hus tragen zelassen.

242. Sicherung des Vorrangs bei gelassenen Pfändern.

tT 34a. A 80a. C 148. D 34a. M 66b.

Exception v̈ber den artikel des |vstragens|[1]) der pfänderen. In disem val ist |vsgescheiden|[2]) heüw, strow vnd |anders|[3]) futer vnd derglychen, so zeuerrucken nit füeglich ist|.[4]) Aber in verpfändung diser stucken soll derjenig gläubiger praeferieret werden, der des weibels zügnus vnd ein buschen zum 'wortzeichen [5]) hat.

Exception d'extraire les gaiges. En tels cas est excepte du foin, paille ou aultre pasture et choses semblables mal propres a remuer. Mais en la subastation de semblables pieces icelui crediteur sera prefere lequel auecq l'attestation du saultier en montrerat vng morceau pour marque et entresseigne.[6])

[1]) C: |anstrengens [2]) C: |ausgeschlossen| [3]) M f |· [4]) M: sind [5]) M D C: |warzeichen| [6]) Mscr. 1746: enseigne.

243. Lohn des Weibels bei Pfändungen.

G 109ª. T 52ᵇ. tT 34ª. A 80ª. C 149. D 34ª. M 66ᵇ.

Der weiblen lohn in pfandungen. Wann |die|[1]) weibel in der statt pfänder vsziehend, gehört |demjenigen, der solliches verricht,|[2]) namblich fünf schilling[3]) vnd vf der alten landschaft zehen schilling.

Le salaire du saultier. Quand les saultiers prennent des gaiges, en la ville qui faict tel office retirera cincq sols et (en) anciaines terres dix sols.

[1]) A D: |ein C: |der [2]) A D: |ime syn lon| [3]) Erst T bringt am Rand „ex correctione" diese Bestimmung wieder auf aus G, wo aber für „statt vnd burgerzil 1 β vnd vf der alten landschaft 5 β" bestimmt sind.

244. Busse des Weibels bei Fehlern in Pfändungen.

g 111ª. 115ª. G 138ᵇ. 146ᵇ. gG 143. t 46ª. T 52ᵇ. tT 34ª. A 80ᵇ. C 149. D 34ᵇ. M 66ᵇ.

Straf des weibels im val syner versumnus. Erstattet der weibel solliches nit[1]) vnd der gelt |härdurch|[2]) verkürzt würd, so ist der weibel schuldig, dem gelten die schuld zeersetzen nach erkanntnus des rhats oder gerichts. Vermag er es aber nit, so soll das stattrecht an ihme mit geuängnus erstattet werden.

Chastiement du saultier negligent. Ne rendant l'officier son debuoir et que le crediteur en soit retarde, l'officier serat entenu restituer au crediteur le debt a la congnoissance du conseil ou de la justice. Et s'il n'ast les moyens, l'on executera en lui le droict de ville par emprisonnement de son corps.

[1]) gG: so der weibel die pfender nit vstragen wölt. [2]) C: |hierdurch versaumt|

245. Vorrang zwischen mehreren Beteiligten.

gG 639. t 48ᵇ. T 52ᵇ. tT 34ᵇ. A 80ᵇ. C 149. D 34ᵇ. M 67ª.

Wann zween gläubiger ein pfand angryfend. Ha-

Quand deux crediteurs saisissent vng mesme gaige. Quand

bend der gelten zween ein pfand lassen angryfen vnd verpfänden,[1]) ihrer jeder vermeinte, dasselbig zehaben vnd erhalten, soll |am|[2]) weibel |erkundt[3]) werden, |welchem|[4]) er|[5]) das pfand zum [6]) ersten yngegeben |habe.[7]) Welcher dann der erst gesin, dem soll es[8]) blyben.[9]) Vnd wann si einanderen darumb am rechten fürnemmend, so soll derjenig, so sich am vnrechten eruindt, drei pfund zu buss geben, vor rhat aber nit.

deux crediteurs ont faict subaster vng mesme gaige et qu'vng chascung d'eulx pretend le retenir et auoir, le saultier faira relation auquel des deux il aye en premier remis le gaige et il debura rester a celui qui auroit este le premier. Et si pour cela ils contesteroient en justice, le tort ayant payera trois florins d'emende, mais non pas pardeuant le conseil.

1) A C D M z: vnd. 2) C: |der| 3) A: erkennt| 4) C: |wem| 5) A D f || 6) A: |von| 7) A f || 8) M z: syn vnd. 9) Eine im Interesse des Fiscus aufgestellte Ausnahme von diesem Satz hat F 53a: So einer m. h. von einichen gehabten verwaltungen, vogtyen oder andern emptern schuldig were vnd einich ander personen, den er zetun syn möchte, syne güeter mit dem stattrecht angryfen, aldan mögen m. g. h. oder der, dem solichs in irm namen zustat, den sunderbaren hand darab zezüchen gebieten vnd mit m. h. schuld den vorgriff doruf haben. Solches sol demjenigen, der einen zu einem ampt verbürgt hette vnd darumb m. g. h. haft were, gelten vnd werhaft syn. — Am Rand: Ist widerrüeft Judica (3. Apr.) 1552.

246. Pfändungsfreie Sachen. Harnisch.

18. Dezember 1406.

L 49. g 103a. G 124b. gG 180. t 47a. T 52b. tT 34b. A 80b. C 149. D 34b. M 67a.

Exception der harnisch vnd wehren. Obschon harnisch vnd wehr[1]) vahrend gut sind, sollend doch die weiblen by ihrem eid dieselbigen nit pfänden noch |dem gelten|[2]) für pfand geben, sunders dieselben im hus lassen, der schuldner gebe dann kein andere vahrende noch ligende pfänder|[3]) mehr.[4]) Dieselbigen harnisch vnd wehr sol-

Exception des armes. Encourre que les corcelets et armes soient meubles, les saultiers neantmoings ne les deburont gaiger ni bailler de gaige aux crediteurs par leur serement, ains les laisser en la maison, si ce n'est que le debiteur n'aye point d'aultres gaiges ni meubles ni immeubles. Telles armes auant toutes cries doibgent estre portees

lend auch vor [aller gant] [5]) dem seckelmeister [6]) vnd zügmeister ins züghus gebracht vnd nach dero schatzung |vnd ansehen, [7]) wann es etwas rechtschaffens vnd wärschaft vnd die statt des bedürftig ist, im züghus behalten [8]) vnd sunst vberall keinem frömbden verkauft werden. [9])

en la maison du boursier ou maistre des munitions et a la taxe et estimation d'iceulx, en cas icelles seroient de façon et de valeur et que la ville en aye besoing, seront reseruees en l'arsenal et surtout ne doibgent estre vendues a aulcung estranger.

[1]) So von gG an. Zuuor „waaffen." [2]) C f || [3]) C f || [4]) Diese Ausnahme seit g. [5]) A: [allem] [6]) Der Sm. erst seit gG zugezogen. [7]) A D f | [8]) Einlässlicher gG; in t wird der „stattseckel" gestrichen: Diss möchte dussen gelassen werden, diewylen zu diser zyt ein andere ordnung im züghus ist. [9]) Erst seit T.

247. Pfändungsfreie Sachen. Unentbehrliches.

14. Januar 1597.

T 52ᵇ. t T 34ᵇ. A 81ᵃ. C 150. D 34ᵇ. M 67ᵃ.

Exception den handwerken vnd buwlüten zum besten. Demnach sollend auch die borger nit befüegt syn, der handwerkslüten werkzüg vnd der [1]) buwlüten züg, |schiff| [2]) vnd geschirr, pflug vnd wägen noch das samkorn, so zur |sach| [3]) gerüst vnd bereit ist, zeuerpfänden, sunders allewyl andere sachen vnd güeter vorhanden, die hieoben nit vorbehalten, [4]) sollend dieselben vorus vnd ab |in| [5]) die gant kommen. Wann aber kein ander |pfand| [6]) mehr vberig wäre, [7]) mögend vnd sollend alsdann dise vahrende pfänder als werkzüg, der landlüten geschiff vnd geschirr, pflug vnd wagen, auch das samkorn auch verpfändt vnd

Exceptions en faueur des gens de mestiers et laboureurs. Il ne serat aussi permis aux crediteurs de saisir les vties et engins des artisans et gens de mestiers ni les chars, applois, charreues et aultres attelages et instruments rusticques ni mesme les semences desja preparees des paysants, ains cependant qu'il y aura d'aultres choses et biens ci dessus non exceptes, iceulx deburont en premier estre exploictes. Mais s'il n'y auoit aulcungs aultres gaiges, lors tels meubles comme les vties et instruments rusticques des paysants, charreues et chars comme aussi les semences pourront et deburont estre gaigees sans que personne y soit frustre ou forclos.

daran niemand verkürzt werden.[8])

[1]) A D z: land oder. [2]) A D M: |gschiff| [3]) C M: |saat| [4]) A D z: sind. [5]) C: an, [6]) A D: |pfandung| [7]) A D z: so. [8]) Erst seit T infolge Erinnerung des Redaktors an den erwähnten „vor 3 jahren vsgeschribnen" Ratsbeschluss.

248. Pfänderverzeichnis.

t T 34b. A 81b. C 150. D 34b. M 67b.

Vfzeichnus von vahrenden pfändern. Ist auch zu verhütung viler irtungen angesehen, das wann pfänder zu statt oder land vszetragen oder vszeruefen sind, die weiblen den gericht- oder landschryber oder in ihrem abwesen ein anderen schryber |berufen sollind, so allzyt|[1]) alle angegriffne stuck im vstragen vnd verganten vfzeichnind vnd volgends in sunderbare[2]) darzu gemachte gantbücher vfschrybind.

Inuentaire des gaiges meubles. Pour euiter plusieurs erreurs est ordonne que les saultiers voulant tirer dehors et publier des gaiges en la ville ou sur le pays, ils doibgent appeller le curial ciuil ou rural ou en leur absence vng aultre notaire lequel remarque toutes les pieces extraictes, saisies et vendues a l'incant et apres les mette par escript en d'aultres liures expres des publications.

[1]) A: ze beruefen befüegt, schuldig, der [2]) A D z: darumb vnd.

249. Pfändung von Bodenertrag.

10. Juli 1522.

g G 184. 199. t 48a. T 53a. t T 34b. A 81b. C 151. D 34b. M 67b.

Von pfandung der erdfrucht oder blumens. [1]) Der weibel, der allein den blumen des erdrychs pfändet vnd veruertiget vnd nit den grund, soll allein ein handuoll oder ein buschen des blumens abschnyden oder abmeyen lassen vnd den [2]) dem gelten in die hand geben vnd darmit in die possess desselbigen setzen.

Gaigement des fruicts et fleuries. Le saultier gaigeant et exploictant seulement la fleur et fruicts de terre et non pas le fond, debura seulement prendre ou faire faucher vne poignee ou morceau de la fleur et la mettre entre les mains du creancier et parainsi le mettre en possession d'icelle.

[1]) C: vergantung der erdfrüchten| [2]) A f

250. Versteigerung von Fahrnis.

L 50. g 106ᵃ. G 129ᵇ. gG 203. 213. 217. t 47ᵃ. 48ᵇ. T 53ᵃ. tT 35ᵃ. A 81ᵇ. C 151. D 34ᵇ. M 67ᵇ.

In was form, wys vnd mass [1]) verpfändte vahrende hab zeuerkaufen sye. Nach der pfandung vnd yngebung der pfänderen sollend dieselben pfänder vnd vahrende hab an einem sambstag oder märktstag |oder anderen tag vnd nit an dreien märktstagen [2]) vf der gant vnd gantplatz vor dem spital [3]) durch ein weibel mit heller stimm dem mehrbietenden vsruefen vnd verkaufen souil an einem märktstag verkauft werden mag, vnd dem mehrgebenden nach der dritten steigerung vnd vsruf verkauft vnd zugestellt werden, [4]) doch nit samenthaft, sunders von stuck zu stuck, darmit jedes desto mehr gelten möge.

Comme les meubles gaiges doibgent estre vendus. Apres la leuation et remise des gaiges, iceulx et les menbles seront par saultier publies a haulte voix le sambedi, jour de marche ou aultre jour et non pas a trois jours de marche sur la place de la crie deuant l'hospital et vendus au plus ouffrant ce que pourra estre vendu sur vng jour de marche. Et apres la troisiesme mise et crie seront desliures a celui qui plus en presentera. Toutefois non conjoinctement, mais piece apres piece, afin que vne chascune puisse de tant plus valoir.

[1]) A D f | [2]) A f || [3]) L, g, G und gG: in der ouw vor dem sod vf dem platz oder vor dem sarbom in der nüwen statt. Techtermann am Rand hiezu (gG): Exoleuit hic mos. [4]) Den weiteren Gang beschreibt g 115ᵃ: Vnd der weibel sampt dem koüfer der pfänder (soll sich) angehends zu dem gerichtschryber füegen vnd im die remissiv (gG: oder gantbrief) sampt der verkoufung angeben, die formbklich nach verschynung der acht tagen, nachdem die verkoufung geschehen were, vfzerichten. Wenn dan die remissiv sölicher gestalt vfgericht, sol der secher vor erlangung der possess syn remissiv vor gericht oder vor rhat gut erkennen lassen.

251. Gantaufruf. Zeit desselben.

L 50. g 106ᵃ. G 129ᵇ. gG 144. t 48ᵇ. T 53ᵃ. tT 35ᵃ. A 82ᵃ. C 151. D 35ᵃ. M 68ᵃ.

Von der zyt des gantrufs vnd verkaufs. Das vsrufen vnd verkaufen soll an-

Du temps et heure de la crie. La publication et vendition se commence au commence-

gahn zu angehendem märkt, in welchem vsrufen man |beharren|[1]) mag bis vf die dritte stund nach mittentag.[2])

ment du marche, ce que pourra estre continue jusqu'a trois heures apres midi.

[1]) A: |warten| C: |hartten| [2]) L, g und G: aldiewyl es tag ist von der ersten stund bis zu angeender nacht; gG und t: von morgen bis an abend, diewyl es tag ist; T: sol angahn, wan der merkt am besten ist nach dem gebettglüt, in w. vsr. m. beh. m., diewyl es tag ist bis an den abend; tT wie unsre Fassung.

252. Gantaufruf bei Vertragspfand.

L 50. g 106ª. G 130ª. gG 145. t 47ᵇ. T 53ª. tT 35ª. A 82ª. C 152. D 35ª. M 68ª.

Bescheid wie die vahrend hab an die gant soll gebracht werden. Vnd erstlich durch den gelten. Namblich wann der schuldner selbs dem gelten pfänder gibt oder zustellt, so mag der gelt dieselbigen vor dem spital verkaufen vnd verganten ohne verkündung.[1])

Comme les meubles doibgent estre mis a la crie. A scauoir si le crediteur mesme donne et remet au creancier des gaiges, icelui creancier les peult publier et vendre a l'incant deuant l'hospital sans notification.

[1]) Den Abbruch zu besonderm Artikel motiviert Techtermann: ad differentiam ejus quod sequitur, si videatur. Der französische Text trennt den folgenden Artikel nicht.

253. Gantaufruf bei Richterpfand.

L 50. g 106ª. G130ª. gG 145. t 47ᵇ. T 53ᵇ. tT 35ª. A 82ª. C 152. D 35ª. M 68ª.

Durch den weibel. Gibt aber der weibel pfänder, so soll er dem gläubiger innerthalb acht tagen nach yngebung des pfands dasselbig verkaufen vnd den verkauf|[1]) dem schuldner nach altem bruch kund thun vnd der gelt dasselb noch acht tag anstahn lassen, der weibel die remissiv angeben vnd vfrichten lassen.|[2]) mit wel-

Mais si le saultier baille les gaiges, icelui apres huict jours escoules dempuis la remise des gaiges les debura vendre au crediteur et scelon l'anciaine coustume notifier au debiteur la dicte vendition et le crediteur, ayant encourre laisse passer huict jours, le saultier commanderat et faira dresser la remissiue ou lettre d'exploict moyennant laquelle

cher remissiv der weibel oder der gelt dieselbige vahrende hab vf die gant bringen vnd daselbs verganten mag. Es soll aber der weibel den tag des verkaufs dem schuldner, dem es gehört, zween tag daruor kund thun.[3])

le saultier ou le crediteur pourront apporter iceulx meubles a la crie et les faire publier au plus ouffrant. Mais l'officier notifiera le jour de la vendition deux jours auparauant au debiteur auquel appartiendront.

[1]) A D: |kauf| [2]) A D f | [3]) Das Ganze die Fassung von T. Die „xiiij tage" Wartefrist der frühern Redaktion seit L ist hier in zweimal acht Tage aufgelöst.

---

254. Besondere Bestimmungen über Veräusserung von Vertragspfand.

L 50. g 106ª. G 129ᵇ. gG 148. t 49ᵇ. T 53ᵇ. tT 35ª. A 82ᵇ. C 152. D 35ª. M 68ᵇ.

Vergantung eines versetzten vnd yngegebnen[1]) pfandes. Wann ein schuldner oder bürg synem gläubiger selbs ein pfand setzt oder yngibt vmb die summ oder vf zahlung der summ, die er ihme schuldig ist, so mag es der gelt behalten vnzit vf das zil, da es der schuldner lösen soll. Vnd wann derselbig vf gestimbten tag das pfand nit löst,[2]) mag vnd soll der gelt dasselbig noch acht tag |hüeten vnd|[3]) behalten vnd nach verschinung der acht tagen das pfand vmb syn summ an der gant[4]) verkaufen ohne remissiv.[5]) Er soll aber auch dem schuldner den tag des verkaufs[6]) kund thun vnd soll in disem val dem gläubiger by synem pfand zeglauben syn.[7]) Vnd mag kein anderer vf das pfand vallen, obwohl er älter in dato wäre.[8]) So er

Vendition a la crie d'vng meuble engaige et remis. Quand le debiteur ou la fiance baille et remet au crediteur vng gaige pour la somme ou en deduction des sommes a lui dues, le crediteur le peult garder jusqu'au terme establi du debiteur pour le rendre. Et n'en faisant icelui rehemption sur le jour nomme, le crediteur le deburat encourre garder et tenir huict jours, lesquels expires il pourra vendre a l'incant tel gaige pour la somme sans lettre d'exploict. Mais il debura faire notifier au debiteur le jour de la vendition, et en tel cas le crediteur serat a croire par son gaige, sans qu'aulcung aultre puisse mettre la main sus, encourre qu'il seroit anterieur en date. Mais ne pouluant ainsi vendre le gaige pour son debt, il le pourra retenir ou porter ail-

aber das pfand nit also möchte vmb syn schuld verkaufen, so mag er es selber behalten oder anderstwahin tragen vnd verkaufen als syn eigen gut.

leurs et le debiter comme son bien propre.

[1]) A D M z: vahrenden. [2]) A z: vnd alsdann so. [3]) C f || [4]) So erst T; L, g und G: am nechsten sambstag oder an vnserm gericht: gG und t: vf ofnem markt. [5]) g und G: o. r. vnd vernertigung; gG und t: o. r. vnd vergantung. [6]) L, g und G: durch den weibel. Die Zeit der Anzeige für diesen Fall ist in gG und seither nicht bestimmt. während g und G „ein oder zween tag daruor," wie in Art. 253. feststellen, und L sogar 8 Tage. [7]) Was zu glauben ist, zeigt die Handveste in Bezug auf das Pfand des Bürgen und der unten (Art. 257) erwähnte Ratsbeschluss vom 8. Dez. 1371. [8]) Erst seit gG. in Uebereinstimmung mit Art. 241 und 245.

---

255. Veräusserung von gepfändetem Bodenertrag.

g 115a. G 147a. gG 199. t 48a. T 53b. tT 35a. A 82b. C 153. D 35a. M 68b.

Vergantung der erdfrüchten. Wann erdfrucht oder blumen, sye korn, haber, heü, ops vnd was frucht vnd blumen geheissen werden mag, ordenlich verpfändt, verkauft[1]) vnd an die gant gebracht (werden mag)[2]) vnd an der gant nit souil gülte, als es an gewohnlichem märkt gemeinlich gelten möchte, ist einer oberkeit, als dem täglichen rhat, ein gnädig vnd gebührend ynsehen zehaben heimgesetzt, darmit dem schuldner syn fürstand wider werden vnd der gelt syn zahlung erholen möge.[3]) Es soll auch der vsruf des blumens beschehen an märktstagen nach dem gebettglüt, wann der märkt am besten ist.

Subastation de fruicts de terre. Estant des fruicts de terre ou fleuries comme bled, auoine, foing et ce qu'est compris aux fruicts de terre et fleuries, formellement subaste, vendu et publie a l'incant et qu'a la crie il ne seroit mise si hault comme il vauldroit aux jours de marche ordinaires coustumierement, il est a faire au magistrat comme conseil ordinaire d'y auoir esgard et pouruoir equitablement, afin que le debiteur puisse auoir le surplus et que le crediteur en tirer son payement. Mais la crie et publication des fleuries se debura tousjours faire sur jours de marche apres l'eleuation, lorsque le marche est au plus gros.

[1]) Verkaufen wie wenn es vor dem Verganten geschähe, erwähnt auch gG: Ist ein blumen. wie ob geredt, ordenlich verpfendt

vnd das pfand durch den weibel verkouft vnd der gelt dess in possess gesetzt worden **bis an** das vsruefen vnd verganten, sol derselb ouch vf rechten merkttagen .... vsgerueft, verkouft vnd vergantet vnd (demjenigen) der meer darumb gibt, nach dem dritten ruef gelassen werden. [2]) A D C M: |würd| [3]) g und G berücksichtigen zunächst den Gläubiger: doch wan einer zuuil pfendet korn vnd blumen, sol es dan an erkantnus m. g. h. stan zeordnen was sich gebürt, das dem secher oder pfender syn gelt geben werde vnd syn zimliche costen. Deutlicher gG: Doch ist vnser verstand, das diewyl vs dem blumen ein jeder ee bar gelt mag lösen dan vs ander hab, einer nit zuuil sonder allein souil syn schuld vnd costen eruordern vnd ertragen mag vnd er syn gelt darus lösen möge, solle angryfen noch verganten lassen. Dan so einer vnzimblicher wys angryfen vnd lychtuertiger wys verkoufen lassen wurde minder das es gewonlich am merkt gemeinlich gelten möcht, behalten wir vns vor, darin ein gnedigs ynsechen zehaben ... damit etc. (wie unsre jetzige Fassung).

256. Verlängerung der Veräusserungsfrist bei Gut Fremder.

gG 147. t 49ᵃ. T 53ᵇ. tT 35ᵃ. A 83ᵃ. C 153. D 35ᵇ. M 69ᵃ.

Vergantung gegen frömbden. Wann eines frömbden vnd vsländischen |pfänder| [1]) also in fünfzehen tagen, wie vor gemeldet, veruertiget syn werdend, soll der gelt dieselbigen noch drei tag vber die fünfzehen tag behalten vnd si ererst nach denselbigen dreien tagen vf der gant verkaufen lassen, darmit der frömbd sich einiches vberylens mit nichten zeerklagen habe.

[1]) M: pfenders|

Subastation contre les estrangers. Quand les gaiges d'vng forain et estranger auront, comme sus est dict, este leues ainsi dans quinze jours, le crediteur les garderat encourre trois jours et seulement apres les trois jours les faira vendre a l'incant, afin que tel estranger n'aye occasion de se plaindre d'aulcune precipitation.

257. Pfandwiederlösung durch den Schuldner.

L 50. g 106ᵃ. G 130ᵃ. gG 145. 149. t 47ᵇ. T 51ᵃ. tT 35ᵇ. A 83ᵃ. C 154. D 35ᵇ. M 69ᵃ.

Widerlösung verganteter vahrhab. Last der schuldner nach eruorderlicher

Reachept des meubles subastes. Si le debiteur apres notification recquise laisse pub-

verkündung das vahrend pfand an der gant verkaufen vnd veruallen, so soll es noch vierundzwänzig stund[1]) anstahn vnd in selbigen zil nit zur statt vs |gefüert noch|[2]) getragen werden. Dann der schuldner es in denselbigen vierundzwänzig stunden lösen mag. Versumts aber der schuldner, so soll das pfand dem gelten oder dem, |der es kauft,[3]) hat, gänzlich blyben vnd dem schuldner entzogen syn ohne einiche widerlosung,[4]) es sye besser oder geringer vnd minder denn die schuld, der käufer lasse es dann mit vnd vs eignem freien willen zu.[5])

lier et desliurer le gaige meuble, il resterat encourre ainsi vingt quatre heures sans qu'il doibge estre conduict ou distraict hors de la ville dans tel terme. Car dans les dictes vingt quatre heures le debiteur le pourra recouurir. Mais si le debiteur neglige, le gaige appartiendrat et resterat entierement au crediteur ou a celui qui l'aurat achepte et sera perdu pour le debiteur sans aulcune recourse, qu'il vaille plus ou moings que le debt, si ce n'est que l'acheptteur le permette librement et volontairement.

[1]) Ein tempus utile, aber kürzer, haben schon G und gG (145) . . . vnd es des tags nit löset. gG: des tags als es verkouft vnd vergantet ist, von morgen bis an abend zur fünften stund (t: nachmittag); vber nacht aber nit, wiewol es bishar vnser weibel zugelassen haben. Es sol aber nit meer geschehen . . . [2]) A f || [3]) C: |welchem er es verkauft| [4]) So (hineinkorrigiert) in g und von da an. Ursprünglich g wie L. [5]) Diese sämtlichen hier in Art. 250 bis 256 festgestellten Satzungen fasst etwas anders und kurz zusammen ein viel früherer Beschluss von Rät und Hundert: vf den achten tag Decembris 1371 habend wir schultheis klein vnd gross ret der statt Friburg vonwegen der pfenderen, die zu nachteil der schuldnern werdind verkouft, geordnet, das welicher acht tag lang nach vnser statt recht die pfender behüetet hat, wie einer tun sol, derselbig syn pfand verkoufen moge vf der gand. Namblich so er vf der burg wonet: an der Rychen gassen: in der ouw vor dem bruktor bis oben am waghus: im spittal; von spittels tor bis an Gambachs hus: by der zytgloggen. Vnd sols einer veil haben von der primzyt bis vf den abend, so man zebetten lütet. Vnd so das pfand verkouft wirt, mags der schuldner in acht tagen retten vnd lösen vmb die schuld, so er dem „schuldner" zalt, nachdem ime der kouf ist kund getan, wie brüchlich ist. So aber einer syne pfender, wie ob stat, in dem zil nit mag verkoufen in der statt, der sol vnd mag si hinfüeren zeuerkoufen wa er wil. Vnd ist dem burger zeglouben by synem eid, wan er am gericht erhalten mag, das ers nach der statt recht verkouft hab. Ein

frömbder sols aber erzeigen mit zweien mannen. Vnd so einer darumb nit schweren oder erzeigen welte, wie recht ist, sol derselbig dem burgermeister (jetzund dem schulths) oder dem gricht vmb drü pfund buss veruallen syn. — Obgeschribne ordnung ist diser zyt (c^a 1573) nit mer brüchlich, sunders sollen die pfandungen geschehen, wie harnach volgt.... S B 399.

258. Pfändungsgebührenanteil des Schultheissen.

L 50. g 106^a. G 131^a. g G 146. t 48^b. T 54^a. t T 35^b. A 83^b. C 154. D 35^b. M 69^b.

Des schultheissen gerechtigkeit in verkauf der pfänderen. Es ist zewissen, das ein schultheis das recht von alterhär gehabt hat vnd fürbashin haben soll, das ihme von jeder pfandung[1]) vnd verkauf der pfänderen vier alt schilling[2]) gehörend vnder dem nammen kopf- oder kaufgelts.[3]) Das sollend die weibel ynbringen, dem schultheissen allemal rechnung darumb halten vnd das ihme vberantwurten by ihren eiden.

Les droicts de l'aduoyer en la vendition des gaiges. Il est a scauoir que d'antiquite l'aduoyer ast heu le droict et le debura encourre auoir d'ores en auant que de chascung gaigement et vendition des gaiges lui paruiennent quatre vieulx sols (soubs) le nom de coupe ou d'argent de vente, ce que les saultiers doibgent recouurer pour en rendre tousjours compte a l'aduoyer et le lui desliurer par leur serement.

[1]) Am Rand von gG Techtermann: In disen worten steckt ein antiquitet. Dan man möchte darus verstahn, es gehorte dem schultheis von jedem pfand i. e. von jedem stuck 4 a. β. [2]) A D M z: jetziger wärung fünf schilling. [3]) Ursprünglich ein „kopfwyns." So noch L. g und G. Erst gG bringt hiefür 4 a. β.

259. Pfändung an Lidlohn.

F 29^a. g 99^b. G 117^a. g G 194. t 59^a. T 59^b. t T 35^b. A 83^b. C 154. D 35^b. M 69^b.

Von haft, pfandung vnd verbott des lidlohns.[1]) Lidlohn soll ohne augenschynliche[2]) vnd merkliche[3]) vrsach von jemanden zu einicher zyt nit verbotten noch gepfändt werden. Härumb wann dem schultheissen mit briefen oder

Barres, gaigements et defence du salaire. Argent de peine ne doibt en aulcung temps et par aulcung (estre) barre et gaige, sans singuliere et euidente occasion. Toutefois constant a l'aduoyer par titres ou tesmoings que le debt est

mit kuntschaft erschynt würd, das die schuld vnwidersprechlich, so mag vnd soll das verbott vnd pfandung fürgahn vnd dem lidlöhner angehends durch einen weibel ankündt werden.[4]) Will er dann das verbott vnd pfandung abschaffen,[5]) so soll er es angehends thun oder doch innerthalb sechs wuchen darnach völgig,[6]) mit dem rechten, so ihme vf allen |vnuerbottnen|[7]) tag nach lidlohns recht soll gehalten werden. Last er aber dasselbig zil ohne einichen antrib oder |recht|[8]) verschynen, so soll der |verbietend|[9]) syn recht gezogen haben vnd den lidlohn zu synen handen nemmen,[10]) es wisse dann der lidlöhner syn versaumnus des zils mit erwysung ehehaftiger noth zeuersprechen vnd zeuerantwurten. Beuindt sich aber der verbietend am vnrechten, so soll er dem schultheissen sechs pfund[11]) ohne[12]) gnad buessen.[13])

liquide sans contredict, la defence et gaigement pourrat et debura suiure et icelui tout incontinent estre notifie par vng saultier au manouurier. Que s'il veult reuocquer ou leuer la defence et gaigement, il le debura (faire) tout incontinent ou dans six sepmaines suiuantes par droict qui lui doibt estre administre sur tous les jours non defendus, scelon le droict des salaires. Mais s'il laisse escouler le terme sans aulcune instance et poursuicte, le defendeur aurat obtenu son droict et pourra retirer a ses mains l'argent de peine, si ce n'est que le manouurier puisse excuser la retarde du terme par verification de necessite legitime. Mais le defendeur se trouuant au tort, il esmendera six florins d'offence a l'aduoyer sans mercy.

[1]) Erst T erwähnt hier nur Lidlohn, alle früheren Entwürfe, also auch gG, andere Schulden, vorzüglich aber „der diensten vnd taglöhnern dienst- vnd lidlon.“ [2]) Cz: gefahr. [3]) So T; gG: billich vnd oug. t: billich, oug. vnd merklich; F dagegen samt g und G ohne Beiwort. [4]) g: Das verbott verstat sich vf die frömbden vnd nit vf die heimbschen. Die andern Entwürfe teilen diese Clausel nicht. Die Anzeige durch „weibel oder amptsman“ hat F noch nicht. [5]) gG .... mit recht oder sunst mit güete fürnemmen .... vnd abschaffen oder widerrüefen. [6]) A: vellig, D: fellig, C: völlig. [7]) A: |verbottnen| — F schliesst nur die „suntage“ aus; g und G auch diese nicht; gG und die folgenden Entwürfe alle Festtage. [8]) AD: |rechtsüebung| C: |antwort oder rechtfertigung| [9]) A: |gebietend| [10]) F: der (Arrestnehmer) sol syn sach vnd verbott mit dem rechten fürer bejagen vnd zu end züchen; g und G: syn sach mit erkantnus des rhats

oder gerichts, do er dan sol erschynen, zu end züchen vnd by synem verbott blyben: gG: sol dem verbieter bewilligt syn, syn recht mit erkantnus vnsers gerichts oder rhats zeerlangen vnd zezüchen vnd den lidlon zu synen handen zenemmen; t: sol der verbieter syn recht gezogen haben nach erk. d. g. o. r. (Techtermann: videtur superuacuum) vnd den lidlon zu synen handen nemmen. T ebenso, aber mit Weglassung des „superuacuum." [11]) C z: buss. [12]) M z: einiche. [13]) F hat noch keine Busse.

260. Liegenschaftspfändung. Einweisungsbegehren.

g 114ᵇ. G 146ᵇ. gG 203. t 54ᵇ. T 54ᵇ. tT 36ᵃ. A 84ᵃ. C 155. D 36ᵃ. M 70ᵇ.

Von remissiuen vber ligende güter. Trifft die pfandung vnd verkaufung der pfänderen ligende güeter an,[1]) soll der gelt die vfgerichte remissiv vor rhat oder gericht |bringen vnd begehren lassen, das die remissiv gut erkennt vnd [ihme erlaubt werde, sich in possess der ligenden pfanden nach der statt recht|[2]) zesetzen, welches auch ihme erkennt vnd][3]) bewilliget werden soll, doch anderen, so besser recht daran |habend|,[4]) ohne schaden.

Des lettres et exploicts sur biens immeubles. Si le gaigement et vendition des gaiges concerne des biens immeubles, le crediteur presentera ses lettres d'exploicts dressees en conseil ou en justice demandant confirmation d'icelles et permission d'apprehender la possession des gaiges immeubles scelon les droicts de la ville, ce que lui debura estre accorde et adjuge sans toutefois prejudice de ceulx qui auront meilleur droict.

[1]) A C D M z: so. [2]) A f [3]) C f [ ] [4]) A D: haben mögend (D: möchtend)

261. Einweisungsansage. Fristen.

L 53. g 108ᵃ. 110ᵃ. G 134ᵃ. 136ᵇ. 137ᵇ. gG 204. 208. t 55ᵃ. T 54ᵇ. tT 36ᵃ. A 84ᵃ. C 155. D 36ᵃ. M 70ᵇ.

Ynfüerung in die possess. Vf die verwilligung der possess[1]) |soll|[2]) erstlich der sächer oder gelt dem schuldner vnd besitzer des stucks durch den weibel[3]) für das erstmal |zu|[4]) dreien pfunden buss zuhanden des schultheis-

Introduction de la possession. Estant le possessoire accorde, la partie ou crediteur par licence de l'aduoyer faira faire commandement par vng saultier au possesseur de la piece soubs le bamp de trois florins, payables a l'aduoyer, de

sen,[5]) mit dessen erloubtnus es geschehen soll, bieten lassen, in acht tagen |den nächsten[6]) |vom stuck zestahn[7]) vnd es zerumen, dem gelten kein yntrag zethun, sunders ihme die frucht vnd nutzung volgen zelassen. Nach geschehnem abbieten vnd nach verschynung des zils |soll|[8]) sich|[9]) der gelt in possess setzen. Gehorsamt aber der schuldner nit, so soll der gelt ihme zum andern mal mit sechs pfunden vnd, wa er es dann|[10]) |auch[11]) nit thun will, zum dritten mal by nün pfunden buss abbieten lassen, welche buss alle der schultheis ohne gnad solle bezühen.[12]) Will aber der schuldner nit gehorsamen vnd es dem schultheissen klagt[13]) vnd durch den weibel bezügt |würd|,[14]) so soll der schultheiss über den bezug der bussen[15]) den schuldner von der vngehorsame wegen in geuengnus werfen lassen.[16]) Dazwischen soll der weibel des schuldners gesind angehends[17]) heissen rumen.[18])

quitter et habandonner la piece dans huict jours prochains, de ne bailler point d'empeschement au creancier, ains lui laisser paruenir le fruict et la jouissance. Apres tel commandement et le terme escoule le crediteur se mettrat en possession. Mais si le debiteur n'obeït, le creancier lui faira faire commandement pour la seconde fois soubs le bamp de six florins, et s'il n'en faict encourre rien, pour la troisiesme fois soubs le bamp de neuf florins, lesquelles offences l'aduoyer debura recouurer sans merci. Et ne voulant le debiteur obeïr en estant faictes doleances a l'aduoyer et cela atteste par le saultier, l'aduoyer oultre le recouurement des offences debura faire mettre en prison le debiteur causant celle desobeissance et cependant le saultier faira tout incontinent vuider le menasge et domesticques dudict debiteur.

[1]) A C z: so. [2]) C f ||. [3]) L, g und G: grossweibel. [4]) A C D M: |by| [5]) Vor g teilen sich in die Busse Schultheiss und Kläger. [6]) C f. [7]) L, g und G: |die hand darab zezühen|. [8]) A: |so| [9]) D f |. [10]) A D: |das| C: |es alsdann [11]) M f |. [12]) g, wie L. kennt keine Abstufung, sondern setzt durchweg 6 ℔ auf den Ungehorsam. Ein neuer Eintrag in g hat aber die Abstufung und nach dem dritten Ungehorsam die Haft „vnzit er gehorsam worden sye,“ und bezeichnet das Verfahren als „die straf, wie si bishar gebrucht worden.“ Ein noch späterer Eintrag fügt dann bei: Vnd by solichem bruch haben wir es nochmals blyben lassen vmb die güeter, so in der statt vnd burgerzilen ligend. Aber vmb die güeter, die vf der landschaft gelegen sind, sol allein ein gebott von 6 ℔ buss geschehen. Vnd so der schuldner nit angehends

rumen wil, er alsdan yngetan werden. Alles aber bindet gG 218, t 168[b] und T 106[b] an ein Geltendmachen des Remissivs durch den Kläger binnen drei Jahren. [13]) C z: wird. [14]) C f | [15]) gG: soll der sch. vom schuldner vorab die b. abnemmen vnd dens. in gef. werfen. [16]) nach g und G soll der Schuldner blos von „syner vngehorsamkeit wegen von vns wyter straf ze erwarten syn.“ [17]) A D z: vnd vnuerzogenlich. [18]) So erst gG, obwohl schon nach L die Besitzergreifung rechtlich nicht zur Geltung kommt, „al die wyl vtzit do belipt, das des schuldners ist gewesen.“ Noch eingehender t 57[a].

262. Einweisungsform („Verklammerung“).

L 51. g 108[a]. 109[a]. 115[a]. 116[a]. G 134[a]. 135[a]. 146[b]. 148[a]. gG 204. 210. 215. t 54[b]. T 54[b]. t T 36[a]. A 84[b]. C 156. D 36[a]. M 71[a].

Ynsatzung | [1]) vnd anfang der possess. Vf das abbieten soll der grossweibel oder der weibel, dem es |vom grossweibel| [2]) beuolhen würd, vnd kein anderer [3]) (by peen der geuengnus vier vnd zwänzig stunden zu wasser vnd brot, abtrag der parthy kostens [4]) vnd erwartung des täglichen rhats erkanntnus, ob die possess oder verklamerung gültig oder vngültig sye) das stuck, wann es ein gebaüw, hus vnd verschlossen gut ist (vsgenommen die spycher) [5]) zu statt oder land mit anschlag einer ysenen klamern oder mehr an die husthüren vor vnd hindem vber das schloss verschliessen. Ist es aber ein ander ligend stuck, als acker, matten, ägerten, baumgarten, holz oder feld, so soll der grossweibel oder syn statthalter oder der weibel| [6]) dem es beuolhen würd, ein mutten wasen oder schollen härd darus nemmen, vfhauwen vnd vsgraben vnd haben vnd

Commencement et apprehension du possessoire. Apres la dicte defence faicte le grand-saultier ou vng aultre saultier commande par le grand-saultier et nul aultre soubs peine de prison de vingtquatre heures, en pain et eau, support des missions de la partie et attente de la congnoissance du conseil ordinaire auant que le possessoire ou enferrement soit valide ou inualide, si c'est vng bastiment, maison ou piece close, exceptes les greniers, il debura enfermer la serrure de la porte deuant ou derriere en applicquant dessus vng ou plusieurs crampons de fer, soit en la ville ou sur le pays. Mais si c'est une aultre piece immeuble comme champs, pres, jardins, bois ou fins, le grand-saultier ou son lieutenant ou celui qui sera commande, leuera, coupera, creusera (Msc. 1635: crossera) ou prendrat vne motte ou masse et morceau de terre

solchen vfgehebten wasen dem gelten oder synem gewaltshaber als ein anzeigung syner possess in die hand geben. Alsdann soll die possess anheben vnd daruor nit. Vnd soll der weibel vf dasselbig angehends zu dem gericht- oder landschryber sich verfüegen vnd die verklamerung vnd ynsatzung vf die remissiv schryben[7] lassen zu einem vrkund der ynsatzung in possess.

et la mettrat au crediteur ou a son charge ayant entre les mains en signe et marque du possessoire qui commencera des lors et non au par auant. En apres le saultier s'en ira bientost vers le curial ciuil ou rural pour faire inserer sur les lettres d'exploict tel cramponnement et remise pour tesmoingnage et signification d'vne mise en possession.

[1]) C: |Einführung [2]) A D f [3]) Diese Ausschliesslichkeit verordnet „von etlicher vnrichtigkeit wegen zwischen dem grossen vnd kleinen weiblen" ein Ratsbeschluss vom 23. Aug. 1555. [4]) gG (210): . . . . der parthy iren costen . . . . vnd ir vsgeben gelt . . . . [5]) g und G: . . spycher, so vnder der varenden hab ist begriffen, er stande dan vf vier muren. . . . [6]) A f | [7]) A: |verschryben

263. Zeitvormerk.

gG 219. t 57ᵃ. T 55ᵃ. tT 36ᵃ. A 85ᵃ. C 157. D 36ᵇ. M 71ᵃ.

Zusatz zu mehrer vfmerkung der datumben. Beid, gericht- vnd landschryber, sollend in der vfzeichnung der verklamerung vnd possess die datumb der briefen, die ein ligend stuck antreffend, in ihre pfand- vnd remissiuenbüecher[1]) ynschryben mit verzeichnus, wie oft ein ligend stuck verklamert vnd die possess genommen würd, darmit die gelten wissen mögen, welcher im dato dem anderen vorgaht.

Adjonction pour les dates. Les deux curials ciuil et rural en remarquant le cramponnement et possession deburont aussi annoter en leur liure d'exploict les dates des lettres concernantes des biens gisants auecq specification, combien de fois la piece immeuble auroit este encramponnee et la possession prinse, afin que les crediteurs puissent scauoir, lequel en date est precedent a l'aultre.

[1]) A D z: oder rödel.

264. Verklammerungsanfang.

g 108ᵃ. G 136ᵃ. t 56ᵃ. T 55ᵃ. t T 36ᵇ. A 85ᵃ. C 157. D 36ᵇ. M 71ᵇ.

Von beständigkeit der verklamerung. In verklamerungen ist wohl zeerkennen, das alle wyl die veruertigten hüser vnd gebeü mit der klamern nit beschlossen sind, sunders etliche darin wohnend, vs vnd yn wandlend, obwohl alles ordenlich vfgeschriben ist oder, wann der schuldner das hus nit gerumt hat noch darus gezogen ist, so hat die possess kein [1]) kraft, sunders ist wider anzeuahen, nachdem alle darus gegangen vnd das hus wohl verschlossen vnd verklameret ist, es geschehe dann [2]) mit des borgers willen, welches hierinnen heiter vorbehalten ist, dermassen, das wann es der borger williglich zulast vnd der oberkeit consens darüber vsbringt, so mag das hus nit destoweniger bewohnt werden vnd solche bewohnung der possess vnd verklamerung nichts schaden.

De l'asseurance en cramponnement. Il est a noter aux encramponnements que ce pendant que les maisons et edifices exploictes ne sont fermes par encramponnements, ains que quelcuns y habitent, entrants et sortants, encourre que le tout seroit mis en escript ou que le debiteur ne vuide et sort hors de la maison, la possession n'aurat aulcune force, ains debura recommencer de nouueau apres que tout sera sorti et que la maison sera bien fermee et encramponnee, si ce n'est que cela aduienne par consentement du creancier (ce qu'en cest endroict est expressement reserue) en tant que cela estant librement accorde par le crediteur et le consentement du (magistrat) obtenu, la maison pourra neantmoings estre habitee et telle habitation ne portera aulcune perte a l'encramponnement et possession.

[1]) A z: gwalt oder. [2]) Diesen Einbruch in das strenge System hat erst T. Dasselbe herrscht ausschliesslich noch in gG und allen frühern Entwürfen. Allerdings fingen Schwankung und Neigung zu Fiktionen schon früher an. Bereits in g 115ᵃ und 116, sowie in G 150ᵃ findet sich folgende Bemerkung: Dise ordnung ist vf 26 Juli 1557 widerumb bestettiget vnd angesechen, obwol etlich vermeinet, das nit von nöten were, das man ein ligend stuck jar vnd tag possedieren vnd nutzgen solte, doch allen vorgahnden one schaden. Wollte diese Ansicht den Gläubiger geschwinder befriedigen, so wollte eine andere dagegen die Strenge zu Gunsten des Schuldners brechen. g 108ᵃ (Note): Also erbessert, antreffend die hab, so im hus were, das obschon etwas im hus nach dem dritten vsbieten blybt, nützdestminder die possess kraft haben

solle. Dazu fügt t: By diser ordnung ist der varhab halb in den schüren etwas merer ynsehens zehaben wegen heüs vnd strows, was zetröschen oder da zeueretzen.

265. Ausnahme bei Mühlen und andern Gewerben.

26. Juli 1557.

g 116b. G 150b. gG 206. t 56a. T 55b. tT 36b. A 85b. C 158. D 36b. M 71b.

Exception der mülinen vnd anderen geschirren. Von des gemeinen nutzes vnd nothwendigen gebruchs wegen sind in der ordnung der verklamerung vsgenommen vnd vorbehalten allerhand geschirr an wässerflüssen, als müliwerk vnd geschirr, blöwen, sägen vnd derglychen,[1]) auch die gemeinen bachöfen, die sollend offen blyben vnd anderst nit verklamert werden dann mit angeschlagner klamern neben dem schloss, |darneben|[2]) auch ein zettel geheft werden, der den nammen des gelten, der die klamern anschlacht, wyse. Vnd soll |dise|[3]) öffnung an dem rechten der possess auch nichts schaden.[4])

Exception des moulins et aultres aisements. Causant le proufit commung et necessaire seruice sont exceptes et reserues en l'ordonnance de l'encramponnement toutes sortes des aisements sur les eaulx comme moulins, basteaux, vaisses et semblables edifices et aisements comme aussi les fours commungs qui resteront ouuerts, qui ne seront aultrement encramponnes sinon que le crampon soit applicque aupres de la serrure auecq vng billet affige aupres et contenant le nom du creancier qu'auoit faict mettre le crampon. Et telle ouuerture ne debura prejudicier en droict au possessoire.

[1]) Der Ratsbeschluss von 1557 erwähnt ferner „hammerschmiden, walken, rybi, schlyffe." [2]) A: |darnach [3]) A D: |die [4]) |vnnachteilig syn

266. Zusammenfluss mehrerer Verklammerungen.

8. Juli 1544.

gG 211. t 56b. T 55b. tT 36b. A 85b. C 158. D 36b. M 72a.

|Ob|[1]) ein stuck mehr dann von einem gelten möge verklamert |vnd possediert|[2]) werden. Kombt ein anderer gelt oder ansprecher nach beschehener verklamerung, der die besserte

Encramponnement par deux. Apres l'encramponnement faict venant vng aultre crediteur qui vouldroit gaiger et exploicter la mieulxuaillance ou la piece mesme, demandant la permission d'encramponner

oder das stuck selbs verpfändt vnd auch veruertiget vnd begehrt, das ihme nachgelassen werde, dasselbig stuck auch zeuerklameren vnd possedieren, das soll vnd mag ihme mit |vrtheil vnd|[3]) recht zubekennt |vnd verwilliget|[4] werden, doch dem vorgehenden vnd |allen|[5]) anderen ohne schaden.[6])

et apprehender le possessoire de la mesme piece, cela lui pourra par sentence estre accorde et adjuge, toutefois sans prejudice du precedent et d'aultres.

[1]) C: wann| [2]) Cf | [3]) Cf | [4]) Af | [5]) ACDMf |. [6]) Aus dieser Gefahr des Konflikts verschiedener Verklammerungen fliesst die Bestimmung von 1544 der Verfallfrist eines Jahres für ein Remissiv, das nicht verfolgt wurde.

267. Verklammerungsgebühr.

g 116ᵃ. 117ᵃ. G 148ᵃ. 151ᵃ. gG 216. t 55ᵇ. T 55ᵇ. tT 36ᵇ. A 86ᵃ. C 159. D 36ᵇ. M 72ᵃ.

Des grossweibels vnd anderer weiblen belohnung vmb die verklamerung. Dem grossweibel oder |synem statthalter|[1]) gehört von einer jeden klamern, die |sich gebührt|[2]) anzeschlagen, zehen schilling vnd einem anderen weibel in glychem val syn |gewohnter|[3]) lohn. Glyche meinung hat es vmb ihrer aller lohnung, wann sie die klameren nach der possess ab vnd dennen hebend.[4])

Salaire de l'encramponnement. Pour chascung crampon qu'il fault applicquer appartient au grandsaultier ou son lieutenant dix sols et a vng aultre saultier en cas semblable son salaire accoustume. Le mesme s'entend du salaire de tous deux ensemble, quand apres le possessoire ils retirent les crampons.

[1]) g, G und gG: |sym verordneten| [2]) gG: von nöten ist| [3]) C: |gebührender| [4]) A z: vnd nemmend.

268. Strafe des Verklammerungsbruchs.

gG 209. t 56ᵃ. T 56ᵃ. tT 37ᵃ. A 86ᵃ. C 159. D 37ᵃ. M 72ᵃ.

Straf dero, so die klamern vnd possess brechend. Nachdeme ein hus oder ander ligend stuck ver-

Chastiement de ceulx qui rompent les crampons et possessoire. Apres qu'une maison ou aultre piece immeuble aurat

klamert vnd die ynsatzung der possess beschehen ist vnd der schuldner oder jemand die klameren |bricht|[1]) oder abnimbt oder vf das stuck vnd gut kehrt oder gaht, so da possediert würd vnd dem schuldner verbotten ist, der soll drei tag vnd drei nächt im geuengnus ligen zu wasser vnd brot vnd nit vsgelassen werden, er habe dann zwänzig pfund in stattseckel gebüsst.[2]) Darnach soll er ein monat leisten. Ist aber einer so vermessen, das er nach allen wider ihne vollzognen, erlangten vnd vsgebrachten rechten der possess vber oder wider des gelten willen vnd |vnuernüegt der herrschaft rechtens|[3]) gwalt brucht,[4]) mit gwalt daruf kehrt vnd schaden zufüegt, der soll als ein freiheitbrüchiger zu |hundert|[5]) pfunden gelts zu der statt handen veruallen vnd vber dasselbig der oberkeit heimgesetzt syn,[6]) ihne von solches vreuels vnd vbermuts wegen mit geuengnus vnd leistung zestrafen. In alle weg aber soll ein solcher klamernbrecher der party allen |bewisnen|[7]) schynenden schaden |ersetzen.[8])

este encramponnee et le possessoire apprehende et que le debiteur ou quelcung aultre rompe ou arrache les crampons ou bien s'il vast sur la piece possedee et defendue au debiteur, icelui tiendra les prisons trois jours et trois nuicts en pain et eau et ne sera relasche qu'il n'aye emende vingt florins a la bourse de ville. Par apres il absenterat vng mois. Mais si quelcung estoit si osaire qu'apres toutes formalites du possessoire contre lui passees et obtenues, sans ou contre le vouloir du crediteur et sans auoir esgard au droict du magistrat vsat de force, entrant par violence et faisant dommage, icelui comme infraicteur des franchises serat escheu a la bourgeoisie cent florins d'offence et oultre ce serat au bon vouloir du magistrat de le chastier causant telle fraualerie et temerite par incarceration et bannissement, et surtout tel fraicteur des crampons serat entenu rembourser a la partie tout dommage faict et apparent.

[1]) C: |abreisst [2]) Früher 10 ℔. Diese Fassung des Artikels stammt erst aus T. [3]) gG: |sich der herschaft rechtens nit vernüegen . . . welt [4]) gG: vnd keins wegs darab zūchen welt. t: sich des guts nit müessigen wil. [5]) gG und t: 60 ℔. C: |20| [6]) gG und t: der herschaft mit lyb vnd gut veruallen syn vnd, so man in begnaden welt, sol er nit minder dann sechzig pfund buss angehnds erlegen vnd 14 tag in der geuengnus ligen vnd dry monat leisten. [7]) C: beweisenden [8]) M: |abtragen|

269. Verklammerungsdauer. Gleichstellung von Realrechten mit Liegenschaften.

L 52. g 109ᵃ. 117. G 135ᵇ. 149ᵇ. gG 204. 215. t 55ᵛ. 57ᵃ. T 56ᵃ. tT 37ᵃ. A 86ᵇ. C 160. D 37ᵃ. M 72ᵇ.

Wie lang die verklamerung vnd possess währen soll. Nachdem der gelt in possess des stucks gesetzt worden, soll derselbig, er sye glych frömbd oder heimbsch, ohne vnderscheid das stuck also verschlossen vnd verklamert possedieren ein ganzes jahr vnd ein tag, [wann das stuck innenthalb der statt vnd burgerzilen (ist].[1]) Ligt es aber vf dem land vsserthalb der burgerzilen),[2]) so soll es nit länger dann sechs wuchen vnd drei tag verklamert |blyben vnd possediert|[3]) werden.[4]) Glycher gestalt sollend andere ligende güter als herren- oder bodenzins, |zehenden,|[5]) erb- vnd zinslehen vnd ander ligend gut gepfändt[6]) vnd possediert werden.

Combien (de temps?) l'encramponnement et possessoire doibt durer. Apres que le crediteur sera mis en possession de la piece, icelui, sans difference qu'il soit estranger ou du lieu, deburat ainsi posseder la piece encramponnee et fermee vne annee entiere et vng jour, si la piece consite dans la ville et limites des bourgeois. Mais estant icelle sur le pays et dehors des predictes limites, elle ne deburat estre cramponnee ni possedee d'aduantage que six sebmaines et trois jours. — Tout de mesme seront gaiges, subastes, possedes et exploictes tous aultres biens immeubles, comme censes directes et foncieres, dixmes, fieds et albergements et tous aultres biens gisants.

[1]) A f [ ] [2]) C f ( ) [3]) A f | [4]) g und G: wie von altem har, wiewol ich in etlichen alten ordnungsbüechern befunden, das vf der alten landschaft die possess wie innenthalb der burgerzilen gebrucht worden sye. [5]) C f [6]) A D M z: geuertiget vnd.

270. Vorbehalt zu Gunsten a) von Stiftungen, Ausländern und der Obrigkeit.

26. Juli 1557.

g 116ᵃ. G 148ᵇ. gG 205. t 55ᵇ. T 56ᵇ. tT 37ᵃ. A 87ᵃ. C 160. D 37ᵃ. M 72ᵇ.

Welchen die verklamerung vnd possess nit schaden solle. Stünde ein verpfändt vnd possediert stuck einem frömbden vnd vsländi-

Auxquels l'encramponnement et possessoire ne porte perte. Vne piece gaigee et possedee se trouuant rescripte et hypotheсquee, generalement et spe-

gen yngesetzt vnd verschriben, gemeinlich oder sunderlich, vnd derselbig härnach käme vnd es angryfen wolte, vnd er by synem vfrechten eid erhalten mag, das er vmb der verpfändung, veruertigung vnd possess desselbigen ihm verschribnen stucks nichts gewüsst habe, vnd ältere brief zeigt, so soll ihme die pfandung vnd possess an synem rechten kein hinderung vnd schaden bringen. Den gottsglidern vnd stattschulden [1]) soll die possess auch nit schaden. [2])

cialement, a vng forain estranger qui viendroit par apres pour la saisir, soubstenant icelui par solemnel serement n'auoir sceu aulcune nouuelle de la location, exploictation et possession de la piece a lui obligee, monstrant et produisant titres anterieurs, tel gaigement et possessoire precędent n'empeschera ni prejudicierat a son droict. — Aux maisons Dieu et debtes de la ville ne deburat aussi le possessoire apporter aulcune perte ou prejudice.

[1]) Ein Gesetz vom 30. Nov. 1562 lautet hierüber folgendermassen: Alsdan bishar etlich vermeint, das der statt schulden soltind allen anderen vorgan, wie dan die alte ordnung, im welschen buch geschriben, vorgewisen, hat solichs m. g. h. des kleinen vnd grossen rhats nit billich beduncken wollen, darumb diseres ynsechen, ordnung vnd erlüterung geben vnd gemacht worden ist, das ein statt sol bedenken, welichen si zu verwaltung irer empteren, es sye vmbgelts, ynzüchens der vberzinsen, vogtyen vnd anderer dingen, setze vnd verordne, das si irer schulden, so daruon mogen harlangen vnd entspringen, wol habend vnd versicheret sye. Dan wo sach were, das solich amptlüt von gemelten emptern restanzen vnd schulden zetund belyben, sol eegemelte statt dieselben bezüchen nach dato des, als die amptlüt gesetzt, vnd nach den jaren, die sie geregiert hetten, vnd nit anderen elteren datumben vorgan, sonders ein ieders nach elte syner dat bezalt werden. Doch wo sach were, das mit der zyt ein vnderpfand oder sunst etlich güeter, die der statt oder andern der statt glidern, als der spittalbrüederschaft, gottshüseren vmb gült vnd loufend schulden verschriben vnd yngesetzt, mit recht, pfandung vnd vergantung von sonderbaren personen angriffen, verklamert vnd nach der statt recht possediert wurden on wüssen der statt vnd obgesagten glidern schulden, wan sie am dato denen, so die pfandung vnd possedierung erlangt, vorgiengen, ganz vnd gar nützit schaden noch die hinderen, sonderlich in solichem val solich der statt vnd glideren den anderen jüngeren datumben voruaren. Sunst sol es by erlangter possess belyben. — Damit aber der statt recht bass vorbehalten werde, so ist ouch geordnet worden, das vf allen gantbriefen, die vor

rat oder beiden grichten gut erkant, sölle geschriben vnd der statt rechten vnd schulden vorbehalten werden. Actum vf S. Andresentag 1562. — Das Vorrecht galt nun kraft Vorbehalts ohne den bei Fremden erforderlichen Eid vom Nichtwissen. Denn die Schlussklausel unsrer Fassung war in gG (205) eingeleitet mit „Desglychen," wozu am Rand Techtermann bemerkte: „Ein vnrichtiger möchte vnderstan, dorus zeschliessen, die ynzücher der stattschulden vnd verwalter der gottsglideren werend ouch schuldig zeschweren wie die ablendigen," worauf in t und den folgenden Entwürfen dieses „Desglychen" wegblieb. [2]) A D: |an synem rechten kein hinderung noch schaden bringen C M: auch vnschädlich vnd vnabbrüchig sein|

---

271. b) Von ältern Spezialpfandgläubigern.

10. Dezember 1546.

gG 234. t 58a. T 56b. tT 37a. A 87a. C 160. D 37a. M 73a.

Vortel der älteren gelten im dato. Hat einer ein ligend stuck veruertiget vnd vergantet vnd ein anderer, der ältere brief hat, ihn |abbieten|[1]) lasst vnd ihne damit ab dem stuck |vstrybt|,[2]) so soll der junger am dato den |ältesten|[3]) vskaufen, ihme syn summ bezahlen oder aber wychen, ohne das der älter im dato dem jüngeren, der das stuck veruertiget, schuldig sye, einichen kosten syner veruertigung zeersetzen, sunders soll der jünger verbunden syn, dem älteren synen kosten, den er desshalb gehabt, abzetragen desswegen, das die älteren brief den nachgeenden, |wann es ligend stuck antrifft|,[4]) in allweg sollend vorgahn.[5]) Verstaht sich aber diss allein vf den, der das stuck verpfändt, verremissiuet, verklamert vnd sich dess in possess hat setzen lassen vnd aber nit vsposse-

Aduantage des vieilles dates. Ayant quelcung exploicte et subaste vne piece immeuble et qu'vng aultre auecq anterieure date lui faict defence le voulant auecq icelle debouter, le plus jeune en date debura acquerir l'action du precedant et lui payer sa somme ou bien lui ceder et habandonner la piece sans que le premier en date soit tenu rembourser aulcune mission de subastations au secutif en date de ce qu'il auroit exploicte la piece, ains le posterieur serat oblige de supporter les coustes soubstenues a cette occasion par le crediteur anterieur et ce pour aultant que quand il concerne des pieces immeubles, les anciains titres doibgent tousjours estre preferes aux secutifs. Toutefois ceci s'entend seulement de celui qui auroit gaige, exploicte et commence ou apprehende le

diert vnd vf dreien märktstagen, einandern nach, nit hat lassen vsrufen noch |verkauft[6]) noch des täglichen rhats bestätigung darüber erlangt.[7])

possessoire d'vne piece sans l'auoir achepte et faict crier vendable a trois jours de marche secutifs ni icelle desliure et la dessus obtenu confirmation du conseil estroit ou ordinaire.

[1]) C: abweisen [2]) A C D M: |trybt [3]) A D C: |aelteren| [4]) A D f | [5]) gG erzählt: Obwol hieuor by vns im bruch gewesen, das die eltisten schulden die jüngeren, so ein stuck verpfendt vnd sich dess in possess setzen lassen, sölten vslösen vnd joch iren erlittenen costen abtragen, den si mit pfenden vnd der possess gelitten, haben wir es doch widerrueft vnd geordnet .... [6]) M: |verkoufen| C: verk. lassen [7]) Aber auch für den Fall des vollendeten Possess, vgl. Art. 276.

---

272. Versteigerung der Liegenschaftspfänder.

g 117ᵃ. G 151ᵃ. gG 216. t 57ᵃ. T 56ᵇ. tT 37ᵇ. A 87ᵇ. C 161. D 37ᵇ. M 73ᵃ.

Vergantung vnd verkauf der possedierten ligenden gütern. Ist die possess eines ligenden stucks fürüber vnd die klamern abgenommen ist, so soll dasselb possediert ligend stuck darnach vf den nächsten dreien märktstagen[1]) einanderen nach offenlich[2]) durch einen weibel mit häller stimm vsgeruft werden als ein geuertiget stuck mit benambsung |des orts, da es gelegen, benambsung|[3]) des schuldners vnd des gelten, auch der summ, darumb es geuertiget, veilgebotten werde vnd veil sye, so jemand mehr als dieselbe genambsete summ darumb geben wölle, der solle daruf bieten vnd das zum ersten, anderen vnd dritten mal. — Ligt das stuck in der alten landschaft, so soll vor allen

Subastation et vendition des pieces immeubles possedees. Estant acheue le possessoire d'vne piece immeuble et les crampons ostes, icelle piece immeuble possedee deburat estre criee vendable publicquement par le saultier a haulte voix a trois jours de marche secutifs comme vne piece subastee auecq denomination du lieu de la situation, du debiteur, du crediteur et de la somme dont elle est exploictee et exposee vendable, et si aulcung vouloit bailler d'aduantage que la somme specifiee, qu'il doibge la miser et ce pour la premiere, seconde et tierce fois. Mais si la piece ou bien existe aux anciaines terres, auant la crie sera publiee en l'esglise paroissiale riere laquelle la piece

rüfen in die pfarrkilchen, hinder welcher es gelegen, offenlich drei suntag[4]) einanderen nach verkündt werden, wie das stuck mit anmeldung des schuldners vnd gelten vmb ein solche summ vergantet vnd possediert sye nach der statt recht; welcher derhalben daruf bieten vnd es kaufen wölle, der solle sich vf (nächsten[5]) märktstag in der statt vinden lassen vnd vf das stuck bieten, dann es härnach dem mehrbietenden blyben werde. Wann dann die drei gantruf also ergangen vnd niemand mehr daruf bieten thut oder geben will dann die summ des gelten, so soll dem gelten das stuck blyben oder dem mehrgebenden vnd höchstbietenden am dritten märkt vnd letsten vsruf.[6])

est situee trois dimanches secutifs, comme la piece auecq la specification du debiteur et creancier est exploictee et possedee scelon les droicts de la ville pour vne telle somme. Parainsi si quelcung la veult miser et achepter, qu'il se doibge trouuer en la ville le premier jour de marche et miser ou hausser la piece, car elle restera par apres et sera desliuree au plus ouffrant. Estant doncques passees les trois cries et que personne ne veuille miser ou presenter d'aduantage que la somme du crediteur, la piece resterat au crediteur ou soit au plus ouffrant et dernier encherissant au troisiesme marche et derniere crie.

[1]) g: sambstagen. [2]) g: vnder der linden oder anderswo vf gewonlichen merktsplatzen, danach das ligend stuck gelegen ist. [3]) C f [4]) g: in der kilchöri am sontag vnd destminder nützit in der statt an sambstagen. gG: vf dem canzel nach dem predig oder nach dem ampt der heiligen mess (t: fronampt). [5]) C: (ersten [6]) A z: verblyben.

273. Parzellenweise Versteigerung.

gG 213. t 57b. tT 37b. A 88a. C 162. D 37b. M 73b.

Bescheidenheit im vsruf der gebeüwen. Wann hüser, schüren vnd andere gebeüw vnder dem nammen des ligenden[1]) guts begriffen, die nit vnder einem tach stahnd, vergantet werden, so söllend si (nit)[2]) samenthaft, sunders ein jedes besunders, wie es die gelegen- vnd komligkeit

Discretion en publiant les edifices. Quand maisons, granges et aultres edifices, comprins soubs le nom de biens immeubles, non soubs vng toit, sont exploictes, ils ne deburont estre vendus conjoinctement, ains separement, comme l'occasion et commodite le permettrat et qu'il s'adonnera le

geben vnd zum besten geschicken mag, vnd damit, das [3]) es desto mehr [4]) gelte, verkauft werden.

mieulx afin qu'ils viennent tant plus hault.

[1]) C M z: stucks oder. [2]) A f [3]) A C D M f [4]) C: besser

274. Kaufbestätigung durch den Rat.

g 117ᵃ. G 151ᵇ. gG 216. t 57ᵇ. T 57ᵃ. tT 37ᵇ. A 88ᵃ. C 162. D 37ᵇ. M 74ᵃ.

Relation vnd bestätigung der offnen gantkäufen. Endlich soll solliche vergantung vnd kauf zu vermydung aller geuar, [1]) so darin gebrucht möcht werden, [2]) für den täglichen rhat gebracht vnd daselbs durch den weibel bezüget vnd, wann es dem täglichen rhat geuällig, bestätiget vnd dem käufer des alles ein offner schyn vnder dem secretinsigel von besserer währschaft wegen, doch mit vsgetrucktem vorbehalt besseren rechtens, werden vnd geuolgen.

Relation et confirmation des subastations publicques. Pour euiter tous dangers dont on pourroit vser, finalement telle exploictation et vendition debura estre rapportee en conseil et illec attestee par le saultier, et s'il plaict au conseil estroict, icelle sera confirmee et pour meilleure asseurance accorde et remis a l'acquisiteur du toutage vng acte ouuert soubs le sceaulx (secret), toutefois auecq expresse reserue de meilleur droict.

[1]) g und G z: betrugs. [2]) A D f

275. Wiederlösung durch den Schuldner. Frist dazu.

26. Juli 1557. 13. Juni 1613.

gG 205. t 55ᵇ. T 57ᵃ. tT 37ᵇ. A 88ᵇ. C 163. D 37ᵇ. M 74ᵃ.

Von widerlosung der possedierten, verganteten vnd verkauften ligenden güteren. [1]) Dem schuldner zu gutem ist zugelassen, das er die verganteten ligenden stuck von dem tag des vsrufs in dreier nächstuolgender monaten frist mit bezahlung der hauptsumm, markzähliger zinsen vnd billichen

De la recourse des biens immeubles subastes. En faueur du debiteur il est permis qu'il puisse recouurir et retirer les pieces immeubles subastees en l'espace de trois mois prochains dempuis la derniere crie en payant la somme capitale, cens a rate de temps et coustes raisonnables du dempuis (en suite du projet le 13 juillet

kostens lösen vnd widerumb an sich bringen möge. [2])

1613 le terme de la recourse ast este prolonge a l'espace de demi an).

[1]) Diesen Artikel hat zuerst T mit der Ueberschrift: „in priori correctione." Als Frist ist darin ein Monat angesetzt. Dieselbe ist aber gestrichen und unter dem Texte beigefügt: „in dryer monat frist, additum postridie s. Innocentium (29. Dez.) 1599." Mit roter Tinte steht über dem Artikel: Jussu D. P. exigendus (erigendus?) hic titulus. [2]) Den im französischen Text befindlichen Anhang hat auch C, aber mit dem Datum vom 13. Juni, was auch mit dem Ratsprotokoll übereinstimmt.

---

276. Voraussetzungen nachträglicher Auslösung bereits verganteter Hypotheken.

t 58a. T 57b. tT 38a. A 88b. C 163. D 38a. M 74a.

Erlüterung vf den vorbehalt älteren rechtens. Damit ein gläubiger, der diser statt recht vber ligende güter in erzelter wys vnd mass vsgeführt vnd bestätigung eines ehrsamen rhats darüber erlangt, des darin vorbehaltenen älteren vnd besseren rechtens halb nit in stätem zwyfel vnd sorg anderen künftigen |ansprechern|[1]) ze antwort stahn müsse, so ist derselbe vorbehalt |hienach|[2])uolgender gestalt erlütert, limitiert vnd ynzilet worden. Namblich wann jemand vf solche vergantete vnd am letsten vsruf verstandne güter einiche ansprach zehaben vermeint, der sye glych heimbsch oder vsländisch, vnd er by synem eid erhalten mag, das er vmb die vergantung[3]) nichts gewüsst, derselbig möge syn ansprach bejagen, antryben vnd vsfündig machen in jahrsfrist, nach

Declairation de la reserue du meilleur droict. Afin qu'vng crediteur ayant desmene les droicts de ceste ville comme sus est dict sur pieces immeubles et la dessus obtenu confirmation du conseil, ne soit tousjours en doubte, defiance et crainte de respondre aux creanciers aduenirs causant la reserue en icelle contenue du meilleur et anterieur droict, telle reserue est declairee, limitee et restraincte a la mode suiuante: A scauoir que si aulcung du lieu ou estranger pretend auoir actions sur tels biens subastes et desliures a la derniere crie, soubstenant icelui n'auoir rien sceu de tels exploicts et subastations, icelui puisse suiure, pourchasser et liquider sa demande vng an apres que tel bien immeuble auroit este vendu et desliure a la derniere crie. En tel cas l'acquisiteur

dem des ligenden guts letster vsruf vnd verkauf beschehen vnd yngeantwurtet worden. In solchem val soll der käuflich besteher vnd besitzer demjenigen der älter vnd besser recht daran hat vnd es, wie ob, vsfündig gmacht, wychen vnd hand abziehen.

et possesseur debura ceder et quitter la piece a celui qui auroit meilleur et anterieur droict, l'ayant comme sus est dict, faict apparoitre et liquide.

[1]) C: |gläubigern [2]) A D f [3]) Der in Art. 270 vorbehaltene Eid betrifft die Nichtkenntnis der Pfändung und des Possessbeginns, dieser Eid die Nichtkenntnis der Vergantung. Das ältere Recht kennt diesen Griff und Eid nicht, wenn der Gläubiger im Gebiet wohnte (g 116ᵃ. gG 216 und 235).

277. Hinterlegung des Kaufgelds.

T 57ᵇ. tT 38ᵃ. A 89ᵃ. C 164. D 38ᵃ. M 74ᵇ.

Sicherheit eines fryen gantkaufs durch ein dritte person. Diewyl sich oft |vnd vil|[1]) begibt vnd zutragt, das ein dritte person, die an dem ligenden stuck sunsten kein ansprach hat, dasselbig ligend stuck oder gut von syner kommlichkeit, notdurft vnd gelegenheit |[2]) wegen an der gant in guten trüwen steigert, kauft vnd bestaht, eines solchen vorbehaltnen vnd fürtringenden ältern rechtens halb zu schaden vnd verlurst gebracht werde als vmb die lösung vnd kaufsumm, die er dem gläubiger, der es an die gant gebracht, verlifern oder verlüfert haben möchte, vnd derselbig gläubiger das geld verthan hätte, da so ist einer sollichen geuarlichkeit zuwider gesatzt vnd geordnet, das welcher

Asseurance d'vng acquis libre faict a la crie. D'aultant que souuante fois aduient qu'vne tierce personne, n'ayant aulcune action sur la piece immeuble, neantmoings pour sa commodite ou necessite mise et acquiert telle piece immeuble a la crie en bonne foi, afin que causant l'anterieur droict reserue tel acquisiteur ne soit en danger de perte et dommage, comme pour le prix de l'acquis qu'il desliureroit ou auroit desliure au crediteur qui l'auroit faict crier et subaster, apres qu'il auroit dissipe l'argent, pour euiter tel danger est constitue et ordonne que celui qui miserat et acheptera biens immeubles a la crie et voix d'incant, icelui pour son asseurance doibge porter et faire garder a la chancellerie l'ar-

etwas ligendes gutes an der gant steigert vnd kauft, der solle vmb syner sicherheit willen das geld vnd kaufsumm in die kanzlei legen vnd daselbs verwahren vnd behalten lassen, daselbs es auch das ganz jahr vs verblyben vnd dann erst nach verschinung jahrs vnd tags demjenigen creditoren, der das erst vnd best recht zu dem verkauften gut hat, zu handen gestellt vnd verlüferet werden.

[1]) Mf ; [2]) Cf

gent du prix ou ce qu'il resterat aussi vne annee par entier et, l'an et jour expire, il sera remis et liure a celui des crediteurs qui aura la meilleure et plus anciaine action sur le bien vendu.

278. Auszahlung des Kaufgelds an den Gläubiger gegen Bürgschaft.

T 58a. tT 38a. A 89a. C 165. D 38a. M 75a.

Von bürgschaft vmb die kaufsumm. Wann der verkäufer verspricht jedermänniglichem, der mit älterem vnd besserem rechten in jahrsfrist herfürtringen möchte, mit red vnd antwurt zebegegnen vnd gnugsame bürgschaft darumb vnd besunderlich vmb das kaufgeld stellt, damit der käuflich besteher gebührlich enthebt vnd entschädiget werde, alsdann mag demselben verkäufer die zahlung, so der drittmann vnd käufer zeerlegen hat oder erlegt vnd sequestriert hätte, zu handen gestellt werden, vnd das mit erkanntnus der oberkeit.

Exception. Harus sind gegenommen vnd geschieden verpenigte güter, sunderbar yngesetzte stuck, auch güter [1])

Du fiancement pour le prix de l'acquis. Si le vendeur promet de respondre a tous ceulx lesquels dans vne annee pourroient venir auecq plus anciaines et meilleures actions, et presente a cet effect et principalement pour le prix d'acquis suffisante caution par quelle l'acquisiteur soit equitablement degraue et indamnise, le payement que l'acquisiteur debuoit faire ou bien auroit desja fourni et sequestre lui pourrat estre desliure par congnoissance du magistrat.

Exception. Ici sont exceptes et reserues les biens substitues, les biens et pieces specialement affectees, sur quelles

vf welchen heürath- vnd ehesteür gesetzt vnd gesichert [2]) sind. Desglychen öwige ablosungen.

des mariages et dotations sont asseurees et assignees, comme aussi des reachepts perpetuels.

[1]) A f [2]) C f

279. Uebergang des Hypothekarpfandes in festes Eigentum des Erwerbers.

L 52. g 108a. 109a. G 134b. 136a. gG 216. t 57b. T 58a. tT 38a. A 89b. C 166. D 38b. M 75a.

Beschliessliche erlüterung vber die beständigkeit [1]) der gantkäufen. Wann alle veruertigung, rüf, käuf vnd bestätigung, wie oben erzählt, ergangen vnd jahr vnd tag demnach fürüber ist, so mag dem letsten besteher keiner mehr yntrag thun noch ihne vom stuck tryben, sunder soll er es da fürohin rüwig besitzen vnd innehaben als syn eigenthumb ohne jemands yntrag noch [2]) ansprachen vnd keineswegs verbunden syn denjenigen, die es härnach ansprechen, angryfen vnd anuallen wöltend, red noch antwurt darumb zegeben, ob si schon [3]) älter brief zeigen wurdend. Er solle auch darby gehandhabt werden vor rhat vnd gericht. Vnd wellicher einicherlei wys darwider streben oder thun wurde, der soll nach synem verdienst als ein vngehorsamer gestraft werden.

Declairation finale de l'asseurance des acquis a la crie. Quand tous exploicts, subastations, cries, acquis et confirmation, comme sus est mentionne, seront passees et qu'en apres l'an et jour seront escoules, personne ne lui pourra plus donner empeschement ou destourbier ou le debouter de la piece, ains des alors en auant le debura pacificquement jouir et posseder comme le sien sans empeschement, perturbation ou querelle quelconque ni aulcunement estre oblige d'en rendre aulcune response a ceulx qui par apres la vouldroient actionner, saisir, quereller, encourre qu'ils monstrassent des titres anterieurs. Il deburat aussi a cela estre maintenu en conseil et en justice. Et si aulcung entreprenoit a ce de contredire ou contreuenir, il sera puni comme vng desobeissant.

[1]) C: ‚bestätigung [2]) A z: widerred oder. [3]) A C D: ‚ob wol si

280. Weibelgebühr.

T 59a. tT 38b. A 90a. C 166. D 38b. M 75b.

Der weiblen[1]) belohnung in gantrüfen. [Darmit vilen personen, so von schulduorderungen wegen ihrer schuldneren vahrende oder ligende güter nach allen pfandungen vnd verübtem gantrecht an offenen vsruf bringend, als auch denen, die si käuflich bestehend, alle vrsach ab den weiblen[1]) vberflusses halb ihrer belohnungen zeklagen gänzlich benommen werde vnd männiglich, der sich ihres diensts in vertigung ihrer vsrüfen zegebruchen wissen möge, wanach er sich ihrer belohnungen halb zerichten |habe,|[2]) so seie kundbar, das eine ehrsame oberkeit dem vsrufenden weibel][3]) für syn belohnung des vsrufs[4]) der vahrenden hab bestimbt vnd geordnet hat namblich von jedem pfund losung oder kaufsumm zwei pfenning, vnd dem schryber, der die |vfzeichnung|[5]) thut, auch souil. Vmb ligend stuck aber ist angesehen, das von jedem vsgeruften [vnd verkauften ligenden stuck von allen vsrufen][6]) vnd dreien märktstagen ein guldi, ist von jedem tag ein pfund, dem weibel verlangen vnd werden solle. Werdend aber herrschaften vnd edellehen|[7]) vsgeruft vnd verstandend an der gant, so soll der lohn zwifach syn, ist anstatt eines jeden gulden zween.

Le salaire des saultiers pour les cries. Afin que plusieurs personnes qui pour leurs petitions et demandes apres tous exploicts et subastations font vendre publicquement a l'incant les meubles ou biens gisants de leurs debiteurs, comme aussi a ceulx qui les acheptent soit ostee toute matiere et occasion de declairance contre les saultiers pour l'excessiuite de leurs salaires, et qu'vng chascung se voulant seruir d'eulx en expedition des cries et publications puisse scauoir ce que leur conuient pour leur salaire, soit notice que le magistrat ast ordonne au saultier proclamant vendables des meubles scauoir de chasque florin du prix deux deniers, et aultant au notaire qui les remarque. Mais pour la publication, crie et vendition d'vne piece immeuble pour toutes les cries a trois jours de marche appartiendra et sera paye au saultier vng gulden, qu'est pour chasque journee vng florin. Mais si des seignories et fieds nobles sont publies et desliures a l'incant ou voix des cries, le salaire en est double, c'est au lieu d'vng deux gulden.

[1]) A D z: vnd schryberen. [2]) C f | [3]) A D: [Dem vsruefenden weibel hat E. E. oberkeit] [4]) T (in nachträglicher Einschaltung): Ex correctione DD. Deputatorum: Als by den weiblen mit dem vsruf der varhab vnd andren gütern ein vberfluss gespürt worden, indem si für ir belonung ein halben schillig von jedem pfund geuorderet, ist inen darfür von jedem pfund zwen pfenig, dem schryber ouch souil geordnet vnd von jedem ligenden stuck etc. [5]) A D: zeichnung [6]) C f | [7]) C f |

281. Heimfall öffentlichen Gutes bei Versäumnis der Zinszahlung.

12. Februar 1466.

g 104^{b}. G 127^{b}. gG 181. t 53^{a}. T 58^{b}. tT 38^{b}. A 90^{a}. C 167. D 38^{b}. M 75^{b}.

Von pfandung vmb der statt zinsen. Zu mydung |vnd verhütung| [1]) des kostens, der mit pfandung der ligenden güteren vfgaht, ist geordnet, das die ynzieher der stattzinsen nit schuldig syend, vmb die geuallne zinsen das |zinsbar stuck| [2]) anzegryfen noch zeueruertigen, sunders zuuorderst [3]) des schuldners vahrende hab, wann souil da ist, wa nit, das stuck. Das soll aber nit vf der gant dem mehrgebenden verkauft, sunders einem anderen vmb den zins |verkauft oder| [4]) verlühen werden, vmb welchen es veruallen ist, mit zuthun |der bezahlung| [5]) des verlegenen, es wölle dann der zinsmann das stuck gutwilliglich vbergeben. In solchem val soll es der ynzieher es ihme abnemmen vnd einem anderen verlühen, der das verlegen zahle vnd das stuck empfahe.

Gaigement pour les censes de la ville. Pour euiter les missions suruenantes par gaigements des biens immeubles est ordonne que les recouureurs des censes de la ville ne sont entenus pour les censes escheutes actionner ou subaster la piece censiere, ains les meubles du debiteur, s'il en ast aultant vaillants; si moings, ils saisiront la piece laquelle ne deburat estre vendue a la crie au plus ouffrant, ains icelle serat albergee a vng aultre pour le cens de ce dont elle est escheute en payant les censes retardees, si ce n'est que le debiteur remette et quitte librement la piece. En tel cas le recouureur la retiendra pour alberger la piece a vng aultre qui paye les retenues et recourt la piece.

[1]) A D f | [2]) C: |zinsgut| [3]) Hiebei bleiben g und G stehen. Erst gG und die folgenden Entwürfe erwähnen den andern Fall, da „das stuck" direkt haften muss. [4]) A C D M f | [5]) C f

282. Sequesterfälle.

g 99b. G 118. gG 178. t 58b. T 59a. tT 38b. A 90b. C 167. D 38b. M 77a.

Von haft, verbott vnd sequestration spänniger güteren. Güter, darumb spann |sind,| [1]) mögend in haft gelegt vnd sequestriert werden in härnach erlüterten händlen vnd välen. — Erstlich wann es vmb ein erbual zethund ist, darumb kein testament vfgericht ist, dardurch der besitzer in possess gesetzt sye, alsdann soll vnd mag das gut, sye ligend oder vahrend, vfgeschriben [2]) vnd zu gemeinen handen gethan werden vnd also blyben bis zu vstrag |des| [3]) rechtens. — Zum andern, wann ein handel contracten vnd pactungen antrifft, die etliche mit einanderen gmacht, vnd aber den darin beredten gedingen nit nachkommen oder, wann dieselbige |geendet| [4]) vnd der inhaber von syner besitzung nit wychen, sundern [5]) rechtens erwarten will. — Zum dritten, wann es ligende güter antrifft, die vf ablosung oder vf ein zahl jahren verkauft worden, vnd der inhaber vnd versprecher syn gelt nit empfahen will, sunders mit disen oder anderen vfzügen vnderstaht [6]) die sach |zeuerlängeren|, [7]) darmit ihme etwas daruon blyben möge, in solchem val mag der ansprecher den blumen derselben güteren, wann er dem kauf oder ablosung statt thut vnd das gelt hinder die oberkeit oder den richter legt, hinder welchem die güter

Des barres, defences et sequestrations des biens questionnes. Les biens contentieux peuluent estre mis aux arrests et sequestres aux cas et causes ci apres mentionnes. — Premierement s'il est question d'vne hoirie dont n'appert aulcung testament dresse par lequel le possesseur soit mis en possession, lors deburat et pourra tel bien soit meuble ou immeuble estre inuentorise et remis en mains neutres ou ce qu'il restera jusqu'a descision de cause et proces. — Secondement quand la cause concerne des pasches et contracts faicts entre quelques vngs sans auoir accompli les conditions en iceulx designees et bien qu'icelles soyent finies et que le bientenant ne veult quitter le possessoire, ains s'en veult defendre et attendre la congnoissance de justice. — Tiercement quand il concerne des biens gisants vendus a grace de reachept ou a quelque nombre d'annees et que le bientenant ou ree faict refus de recepuoir son argent, ains par telles et aultres fugitiues tasche de prolonger l'affaire, afin d'en pouluoir tirer quelque proufit. En tel cas l'acteur sur droict pourra faire arrester, defendre et sequestrer la fleur de tel bien en satisfaisant a l'acquis ou reachept et repositant l'argent riere le magistrat ou juge riere quel les biens

ligend, vfrecht in haft, verbott vnd sequestration thun. Vnd |soll es also vnuerruckt blyben vnd anstahn,|[8]) bis das das recht vnd entliche vrtheil vor rhat, gericht oder appellationswys darumb ergangen sye. — |Aber vmb alle andere vnrichtige ansprachen|[9]) soll noch mag ein burger dem anderen weder den grund noch die nutzung in haft vnd verbott stellen noch sequestrieren, sunders soll ein jeder by syner possess blyben, bis das er dero mit recht entwährt würde.

existent. Et icelle resterat et demourerat ainsi sans estre remuee jusqu'a ce que le droict et la sentence definitiue en soit passee ou rendue en conseil ou en justice ou en appellation. Mais pour toutes aultres actions et demandes non liquides ne doibt et ne peult vng bourgeois contre vng aultre barrer, defendre et sequestrer ni fond ni fleuries ou jouissance, ains vng chascung jouir et demeurer en son possessoire jusqu'a ce qu'il en soit demis par droict et voie de justice.

[1]) A C D M: |ist| [2]) G bezieht die Inventarisierung nur auf Fahrnis. [3]) A C D M f | [4]) t: |geendet, geendert| C: |geändert| [5]) M z: des. [6]) G deutlicher: denne in hendlen, die vf ablosung verkoufte güetere belangend, wan der koüfer das gelt lut des ablosungsbriefs nit empfachen, sunders sich mit vfzug der werschaftbriefen vnd anderen dingen versprechen welte vnd dan also den handel vflenzen, bis die nutzung veruallen were, so mag in dem val der ansprecher den blumen, der in selbigem jar (vnd der and)er das gelt der ablosung . . . in haft vnd zu gemeinen handen . . . . (stellen). [7]) A C D M: |verlenzen| [8]) C f || [9]) G: darumb ander gemein ansprachen vnd vngichtig oder vnrichtig schulden, die nit verbrieft noch erlütert sind

— — — — —

283. Sequesterkosten.

G 119a. gG 178. t 59a. T 59b. tT 39a. C 169. D 39a. M 77b.

Gemeine regel vmb sequester. Das verbott, haft vnd sequestration soll geschehen in des sächers kosten, der mit der entlichen vrtheil völlig erkennt würd. Geschiht auch die sequestration zu zyt vmb des willen, das keiner mit geuärden vfgezogen, sunders

Reigle generale pour le depost ou sequestre. Les defences, barres et sequestrations doibgent estre faictes aux missions de la partie laquelle par sentence definitiue sera condampnee. Parfois la sequestration se faict occasion et afin que personne soit caute-

einem jeden syn recht desto fürderlicher gehalten werde.[1])

leusement dilaye, ains qu'a vng chascung soit administree tant plus briefue justice.

[1]) Art. 283 ist in den Entwürfen vor T früheren Artikeln eingefügt.

---

284. Eheordnungen.

g 194ᵇ. 202ᵃ. 203ᵃ. G 226ᵇ. 230ᵃ. gG 343. 351. t 87ᵃ. T 60ᵃ. tT 39ᵃ. A 91ᵃ. C 169. D 39ᵃ. M 78ᵃ.

Von gemahelschaft vnd eheberednussen. In bedenken, das die satzungen, in welchen von der essenz vnd eigenschaft, auch wesenlichkeit der ehe als eines heiligen sacramentes vnd was daran hanget, als von der qualität der contrahierenden personen, vnderscheid der graden der verwandt- vnd sippschaft vnd derglychen der geistlichen oberkeit vnd richtern lut vnd vermög eines vstruckenlichen decrets des allgemeinen heiligen concilii von Trient, also verlutend: „Si quis dixerit matrimoniales causas ad ecclesiasticos judices non pertinere, anathema sit,“ zeerörteren, entscheiden vnd richten stahnd vnd ein fromme oberkeit vnd ganze gemeind diser statt vnd lands als wahre vnd gehorsame kinder der heiligen vnd catholischen apostolischen römischen kilchen desselbigen heiligen trientischen concilii decreta angenommen, so würd dies orts allein von den satzungen, so der gehorsamkeit, respect vnd reuerenz der kindern gegen ihren ältern vnd von der disposition vmb

Des fiançailles et mariages.

das zytlich gut in ehetagen belangen vnd berüeren thund, gehandlet.[1])

[1]) Während die älteste Handschrift (M) und die jüngste (C) sowie der französische Text diese Einleitung nicht kennen, haben sie A und D in folgender Fassung: Diewylen der geistlichen oberkeit vnd richteren lut vnd vermög eines vstr. decrets des allg. heil. conc. v. Tr. v̈ber die ess. vnd wes. güttigkeit vnd vngüttigkeit (A: gütiglich vnd vngütiglich) der eehendlen als eines heiligen sacraments zerichten vnd zeurtheilen zustaht, so würd dis orts etc. Der Entwurf t dagegen erinnert in seiner Fassung an eine Verhandlung zwischen der geistlichen und weltlichen Behörde vom 19. April 1582, die in gG 109^{b} weitläufig aufgenommen ist.

---

285. Eheeinspruch Angehöriger.

g 194^{b}. 202^{a}. 203^{a}. G 226^{b}. 230^{a}. gG 345. 351. t 87^{a}. T 60^{a}. tT 39^{a}. A 91^{a}. C 169. D 39^{a}. M 78^{a}.

Wie die zum ehestand treten mögend, die vatter, mutter, brüder, schwestern vnd fründ oder vögt habend. Das göttlich gebott[1]) vnd menschlich gesatz[2]) thuond einen jeden mentschen verpflichten vnd verbinden, synen eltern als vatter vnd mutter, vettern vnd basen, brüdern vnd schwestern, freünden vnd verwandten, auch den pflegern, vögten, vormünderen vnd verwaltern billiche gehorsamkeit zeleisten vnd si in |hohen|[3]) ehren zehalten, welche gehorsamkeit vnd ehrbewysung allermeist in der verheüratung vnd gemahelschaft soll erzeigt vnd erstattet werden. Derhalben für nothwendig vnd fruchtbar angesehen, mithin auch zu erhaltung kindlicher gehorsamkeit, zucht vnd ehrbewysung

De quelle façon se peuluent marier ceulx qui ont pere, mere, freres, soeurs, parents ou tuteurs. Par commandements diuins et loix ciuiles vng chascung est oblige d'honorer et rendre dheue obeissance a ses pere et mere, freres et sœurs, parents et amis ensemble oncles et tantes comme aussi a ses tuteurs, gouuerneurs et curateurs, laquelle obeissance et reuerence consiste et se demonstre principalement aux mariages. Parainsi ast este trouue proufitable et necessaire comme aussi pour l'entretien de l'obeissance filiale, modestie et reuerence ast este ordonne et establi ascauoir que vng chascung enfant ayant pere et mere, freres, sœurs et aultres parents ou estant soubs tutelle, quand tels enfants paruiennent en eage viril se vou-

geordnet vnd gesetzt worden, namblich das jedes kind, so vatter, mutter, brüder, schwester oder andere fründ hat oder mit vögtlichen verwalteren versehen ist, wann die kind zu mannbaren tagen kommend vnd sich in ehestand begeben wöllend, schuldig vnd pflichtig ist, vorgemelt syn älteren, fründ vnd verwandte oder vögt voran zeuragen vnd mit ihrem gunst, rhat vnd|[4]) willen zecontrahieren vnd ohne, vil weniger wider dero willen nützit fürzenemmen noch einichen heürat zebeschliessen.

lant marier, iceulx soient tenus et obliges de prealablement demander l'aduis et contracter par le vouloir, conseil et consentement des predicts leurs pere, mere, parents et amis ou tuteurs et sans moings contre la volonte d'iceulx entreprendre aulcune chose ni conclure aulcung mariage.

[1]) C f · [2]) Dieses „menschlich gesatz" war früher, nach g, G und gG (341 – 344) folgendermassen geregelt: Das sacrament der ee, anuenglich durch Got vnseren himlischen vatter in beschaffung der ersten zweien menschen vnd demnach durch synen sun Jesum vnsern herrn bestettiget vnd sid demhar in der heiligen catholischen kilchen gebrucht vnd gehalten, ist nüt anders dan ein zusamenfüegung mans vnd wybs, die früntschaft nach Gotes gebott zesamen suchend eeliche kinder zeüberkomen vnd sich vor eebruch vnd fornication zeuerwaren. Ze solichem zetretten ist einem jeden, mans vnd wybs geschlechts (die geistlichen so solichs verlopt vnd sich in küsche reinigkeit begeben habend, vsgenomen), nachgelassen mit volgendem vnderscheid vnd lütrung. Erstlich sol die mansperson nach vnser statt recht achtzechen jar erreicht haben vnd die wybliche person sechzehen jar. Doch mag die verheissung zwüschen inen daruor geschehen, aber vf geuallen beider, so si das obgemelt alter erreicht haben werden, sich zeuermechlen oder einander ledig zesagen. Vnd so ein soliche verheissung beschehen, sollen si beide nit zesamengan noch bywonen, bis das vorgeend alter volkomen sye. — Zwo ledig personen, die weder vatter noch mutter, schwöster noch bruder noch kein vogt noch pfleger habend, mogend einandren selbs zur ee nemmen one niemans vorfrag, souer si beide zu solichem alter komen syend vnd si die zusagung der ee tuyend ze rechter zyt, namlich nit in vrtinen, by der nacht noch der trunkenheit, sonder tags in der kilchen oder in einem hus vor eerenlüten, vorab irer fründen, so si etlich hettend, oder dryen eerbaren mannen zesampt einem priester vnd kilchendiener, welche si expresse sunderlich dazu berufen vnd vor inen ir eeuerheissung

erstatten sollend. Dan so das nit bescheche vnd einer vnder inen das nacher beclagen vnd das geistlich recht darumb anrufen (welches al clandestina connubia vnd heimliche winkeleezusagung widerrueft vnd aberkennt) wurdend wir es by irer vrtel vnd satzung blyben vnd kein ee zwüschend inen erkennen noch vermechlen lassen, sonders si nach irem verdienen strafen vnd von statt vnd land wysen. — Die personen aber, so noch vatter vnd mutter, schwester oder brüeder oder ander fründ bis am vierten grad habend oder sunst durch ire fründ oder ein oberkeit beuogtet oder veruormundet sind, denen ist allen verbotten eine heirat oder gemahelschaft zecontrahieren vnd zemachen one gunst, willen vnd zulass irer vorgesetzten eltern vnd vormunden, si syend minderjerig oder des vorgenanten zulesslichen alters, vnd si solichen heirat tetind durch iren eigenen willen, mag der vatter, die fründ vnd vormund denselben am geistlichen gericht vermog der catholischen kilchen satzungen widerrüefen vnd nichtig erkennen, by dem wirs ouch wellend vnd sollen blyben lassen mit verbott, das si hinder vns nit sollend vermechlen, vnd so si in dem kinder vberkomen werdend, dieselben kinder für vneelich achten vnd zu keinem erbual irer eltern güetern nit komen lassen. [3]) C f [4]) C: gewalt

286. Beschränkung des Einspruchsrechts.

(Gleicher Fundort wie Art. 285.)

Exception der fründen halb. Es syend dann dieselbigen fründ gar schlechte, sinnlose vnd torechte lüt, in welchem val[1]) die partyen ein zuflucht zu der oberkeit haben sollind.

Exception pour les parents. Si ce n'est que tels parents soyent simples gens, hors de sens et malentendus, en quel cas les parties deburont auoir leur refuge enuers le magistrat.

[1]) gG 351: wiewol si ouch nit zeuerachten noch zeübersechen sind, sonders mögend ir zuflucht zu irer oberkeit vnd iren andren fründen suchen.

287. Folgen des Einspruchs.

(Ausschreiben [1]) auf Mittfasten [3. März] 1540, erneuert 15. Juli 1558.)
F 54ᵃ. g 201ᵇ. G 227ᵃ. 228ᵃ. gG 345. 346. 348. t 87ᵇ. T 60ᵇ. t T 39ᵇ. A 91ᵇ. C 170. D 39ᵇ. M 78ᵇ.

Straf der vberuarenden [2]) kinderen. Welches kind, sye sohn oder tochter,[3])

Punition des enfants contreuenants. L'enfant, soit fils ou fille, de quel eage qu'il soit,

was alters si syend, dise ordnung übertreten vnd ohne oder wider syner älteren, nächsten fründen[4]) oder vögten willen sich verheüraten oder sunst zur ehe bereden, |erpracticieren|[5]) oder verfüeren last, obschon die ehe mit des geistlichen |gerichts|[6]) |vrtheil|[7]) zu kräften vnd fürgang käme, so soll dasselb vngehorsam kind von syner vngehorsamkeit wegen syn vätterlich, mütterlich vnd ander[8]) ererbt gut vnd was ihme dem natürlichen rechten nach möchte zugehören vnd zuuallen, als ein vneelich vngehorsam kind verloren[9]) haben vnd dasselb synen, |den|[10]) älteren, brüderen, schwestern |oder|[11]) nächsten freünden, vatter- oder mutter|mags|[12]) halb, die vorhanden sind, mit recht zu vnd heimgeuallen syn vnd blyben.[13]) Zu dem sollend auch solche vngehorsame kinder fünf jahr aneinandern vs der statt landen vnd gebieten |allen|[14]) mit dem eid verwisen vnd daryn nit gelassen werden, die fünf jahre syend dann verulossen vnd si ein gebührend straf von der oberkeit empfangen habind vnd von derselbigen vermittelst der straf begnadet werdind. Wurden si aber schon von der oberkeit begnadet, so sind doch sollicher vngehorsamer kinder vatter, mutter oder andere nächste freünd, dero hie oben meldung geschechen, nit schuldig, ihnen einiche ehe-

contreuenant a la dicte ordonnance en se mariant ou se laissant persuader et praticquer en mariage sans et contre le vouloir de ses pere et mere, proches parents ou tuteurs, encourre que par sentence du juge spirituel le mariage obtienne force et son effect, tel enfant desobeissant causant sa desobeissance comme enfant desobeissant et illegitime perdra ses biens paternels, maternels et aultres heritages et tout ce que par droict naturel deburoit parvenir et appartenir, et cela serat escheu par droict et debura rester a ses pere et mere, freres, sœurs et aultres plus proches parents qu'il aura du couste paternel ou maternel, oultre ce que tels enfants desobeissants seront par serement exiles de toutes les terres et pays de la ville l'espace de cincq ans continuels et n'y seront admis que les cincq ans ne soient escoules et qu'ils ayent receu condigne chastiement par le magistrat, moyennant qu'ils ayent d'icelui obtenu grace et pardon, et encourre qu'ils seroient pardonnes par le magistrat. Neantmoings les pere et mere et aultres plus proches parents ci dessus mentionnes de tels enfants desobeissants ne seront tenus les faire participants d'aulcune dotation legitime et heritage, si ce n'est de leur bon vouloir et par le consentement du magistrat, ce

steür, erbtheil noch erbgut werden zelassen, es sye dann ihr guter will, vnd das mit gehäll der oberkeit, welches doch nit ohne grosse vnd offenbare vrsach |vnd erzeigung|[15]) der kinderen reüwens geschehen soll.

que ne deburat estre permis sans grande et euidente occasion et demonstration de repentance des enfants.

[1]) Das ganze Ausschreiben in F 54ᵃ umfasst auch noch Bestimmungen über Wucher, Giselschaften, Schwören, Zutrinken, Spielen und unerlaubte Rückkehr verwiesener Dirnen. [2]) A: |vngehorsamen| [3]) F: wan si nit mer dan die töchter ze vngehorsame gefrygt sind. Der frühere Text scheint die Söhne nicht mit umfasst zu haben. [4]) gG und t: brüder vnd schwestern, die eines genugsamen alters werend, oder der nechsten fründen bis am vierten glid vatter- oder muttermag halb. [5]) A D f || [6]) A f | [7]) D f || [8]) gG: ir natürlich brüderlich vnd schwesterlich erb vnd gut verloren haben vnd dasselbig iren eltern, br., schw. oder fründen, die vorhanden sind . . . mit recht blyben. [9]) A D z: vnd verwürkt. [10]) A C D M f | [11]) M f | A D z: anderen. C: |vnd| [12]) C f | [13]) F fügt noch bei: Es sol ouch kein vatterlos noch mutterlos kind noch einiche witwe weder durch die früntschaft noch die vögt vsserthalb m. h. gebiet sich vermechlen on gunst, wüssen vnd willen der herschaft by verlierens des guts. Ja, ouch keiner nit syn tochter vsserthalb m. h. herschaft on gunst vnd wüssen der oberkeit weder zusagen noch verheüraten. [14]) A D: |allein [15]) C f ||

---

288. Strafe Dritter bei Unterstützung der Uebertretung.

F 57ᵃ. g 195ᵃ. 202ᵃ. G 228ᵃ. gG 347. t 88ᵃ. T 61ᵃ. t T 39ᵇ. A 92ᵃ. C 171. D 39ᵇ. M 79ᵃ.

Straf dero die zu solchen verbottnen heürathen hilf gebend. Mit glycher straf der verwysung [1]) sollend alle die gezüchtiget werden, die zu solchen heimblichen vnd betrüglichen ehehändlen ein sohn oder tochter |beredend,| [2]) verfüerend vnd [3]) vngehorsam machend vnd hilf darzu gebend, wie solches alles in dem fünfzehnhundert vnd

Punition de ceulx qui aident a tels mariages defendus. Le mesme chastiement d'exil doibgent subir ceulx qui persuadent (et) subornent vng fils ou fille, les rendant desobeissants, et prestent aide a tels mariages clandestins et subornes, comme cela fust mande, publie et denunce en la ville et pays l'an apres la natiuite de nostre Seigneur 1540.

vierzigisten jahr der geburt vnsers herrn |Jhesu Christi|[4]) zu statt vnd land verkündt, vsgeschriben vnd publiciert worden.

[1]) gG und tz: vnd bandyung. [2]) Cf || [3]) g: mit glatten worten vnd anderen verheissungen vnd geschickligkeit. [4]) A D f

289. Aussteuer bei böslichem Einspruch.

F 58ª. g 194ᵇ. 203ª. G 228ᵇ. 229ᵇ. gG 349. 350. t 88ª. T 61ª. tT 39ᵇ. A 92ᵇ. C 171. D 39ᵇ. M 79ª.

Wider geuarliche vfzüg der heüraten. Gespürte ein oberkeit, das vatter, mutter vnd andere freünd oder die vögt sich eines geuarlichen vfzugs[1]) gebruchtind, darmit ihnen der kinden gut blybe,[2]) hat die oberkeit gewalt vnd macht, die älteren oder freünd, die es antreffen würd, dahin zehalten, das si dem kind ein ehesteür in zimblichkeit oder syn erbtheil zukommen vnd geuolgen lassen, ob si schon ihren willen zu dem heürat nit gegeben.

Contre retardements cauteleux des mariages. Le magistrat recongnoissant que pere et mere et aultres parents ou les tuteurs se seruent de dilations cauteleuses pour gagner le bien des enfants, il a puissance et authorite d'induire et compellir les pere et mere ou parents qu'il concerne, de laisser paruenir a tel enfant vng dot raisonnable ou bien son droict d'heritage, jaçoit qu'ils n'eussent consenti au mariage.

[1]) g, G und gG: Wo vatter oder mutter, fründ oder vögt einen sun oder tochter nach obbemeltem alter bis vf das fünfundzwenzigst jar nit wellen lassen verheüraten .... wie denn die älteren Rechte und auch g 194ᵇ stets eine den Einspruchsrechten entsprechende Pflicht der Angehörigen zu „Versorgung" der Ihrigen statuieren: von rechts wegen sollend die elter als vatter, mutter, bruder vnd schwester vnd die nechsten fründ sorg vnd acht haben, das ire kind oder verwandten zu rechter gebürender zyt versorget vnd verheiratet vnd nit gesumpt oder gehindret werdind durch si zu irem nachteil, dardurch die kind etwan bewegt werdind anders dan billichs fürzenemmend vnd zetund ... [2]) Diese Absicht erwähnt erst t.

290. Geltung der Eheverträge.

g 192a. G 234a. gG 362. 363. 370. t 88b. T 61a. t T 40a. A 92b. C 172. D 40a. M 79a.

Beständigkeit der eheberednussen. Die parthyen mögend in ehenötlen stellen, machen vnd vfrichten, wie es ihnen geualt, der parthyen eine |oder beide|[1]) syend frömbd oder nit frömbd, es syend auch die eheberednussen nach diser statt oder anderen[2]) landen rechten beschaffen vnd beschlossen. Dann *gedinge brechend recht.* Ist auch zugelassen, das an disem statt- vnd |landgericht|[3]) vf die ehenötel nach dero inhalt, an was orten vnd enden dieselbigen vfgericht vnd beschlossen syend, geurtheilt werde. Derohalben wohl zeachten, als es auch gesetzt vnd geordnet ist, das die ehehändel vnd berednussen formbklich verbrieft werden.[4])

Contracts de mariage. Les parties, soit que l'vne ou ambes soient estrangeres ou non, pourront a leur plaisir commander et faire dresser leurs contracts de mariage et que les pasches soient faictes scelon les ordonnances de ceste ville ou d'aultres pays, veu que *les conditions rompent les loix.* Il est aussi permis qu'en la justice ciuile et rurale de ceste ville soit juge et congneu scelon le contenu des contracts de mariage, en quel lieu que ce soit qu'ils ayent este dresses et conclus. Par ainsi on sera soigneux, comme il est ordonne, que les pasches de mariage soient formellement reduictes par escript.

[1]) Mf || [2]) Ueber die Aufnahme auswärtigen Rechts in die Eheverträge äussern sich die Entwürfe verschieden. gG 362 bezieht sich auf Ratsbeschlüsse vom 6. Juni 1502 und 14. Juni 1543 (S B 317), wonach den „vnsern" (t: burgern, hindersessen vnd landlüten) solche Aufnahme verboten sei, gestattet aber (363) mit t: ouch ander geding, die inen lydenlich vnd annemlich, wan ein party der ehendleren frömbd ist, sich ouch nit hie wil niderlassen, um des Grundsatzes willen, „das niemand sol vf eetagen betrogen werden." Und t 92a fügt ein: Vnd was vf eetagen gemacht vnd versprochen würd, sol anderen verpflichtungen, testamenten, gabungen, ordnungen vnd satzungen oder hindernussen vorgan, obwol die eeberednussen nach anderer landen vnd stetten recht ergangen sind, souer soliche testamenten, gabungen vnd verheissungen lut diser statt ordnungen der testamenten vnd gabungen geschechen syend. Wozu Techtermann am Rand: Vide an hoc superius dictis aduersetur aut superuacaneum sit. [3]) A D: |landrecht| [4]) Schriftlichkeit fordern schon g und G: in bysyn eerenlüten, sye vor dem eetag oder hochzyt oder darnach. Ebenso gG und t 92b.

291. Aufrechthaltung der Eheverträge.

22. Januar 1505.

g G 363. 364. t 89ᵃ. T 61ᵇ. t T 40ᵃ. A 93ᵃ. C 172. D 40ᵃ. M 79ᵇ.

Vf ehetagen soll niemand betrogen werden. In eheberednussen mögend geding beredt vnd von den parthyen angenommen werden, die ihnen lydenlich vnd annemblich, welche auch in dem val, wann si durch beid theil gelobt sind, an dem rechten kraft haben sollend, wie vor gemelt. Dann nach diser statt rechten, was vf ehetagen beschlossen vnd angenommen ist, das soll einiches wegs nit widerrufen noch entkräftiget werden vnd dem gemeinen wort nach Vf ehetagen soll niemand betrogen werden, vnd was da beschlossen würd, syn styfen bestand haben, wie |dann ein|[1]) artikel in der handueste von wort zu wort uswyst:[2]) „Was geding ein burger vnd syn erst oder ander wyb, syn erst oder ander kind mit oder vnder einanderen vf ehetagen gemacht, das soll immer stät blyben vnd gehalten werden, si gangind dann mit ihrem guten willen darus." Demselbigen gemäs ward vf St. Vinzenzen tag tusendfünfhundert vnd fünften jahrs[3]) der geburt Christi angesehen,[4]) das was einer synen kinden oder anderen personen in ihrer ehehandlung vnd ehetag verheisst vnd verspricht, syend der vatter, mutter, bruder, schwester, freünd oder vögt, mit zulass der freünden vnd verwandten,

Es mariages aulcung ne doibt estre forclos ou trompe. Es pasches matrimoniales les parties pourront aduancer et accepter des conditions qui leur seront agreables et a plaisir, lesquelles en tel cas estant approuuees par les parties obtiendront force et droict comme sus est dict. Car scelon le droict de ceste ville ce qu'en contrahant mariage ast este resoulu et accepte ne deburat aulcunement estre reuocque ni inualide au contenu du commung prouerbe que *Es mariages personne doibt estre trompe*, ains ce qui ast este arreste doibt fermement valoir et estre obserue conformement a vng article des franchises contenant de mot a mot: Les conditions faictes et arrestees en contrahant mariage entre vng bourgeois et sa premiere ou seconde femme, premier ou second enfant, deburont tousjours auoir lieu et estre obseruees, si ce n'est que les parties s'en deportent de leur libre volonte. Conformement a icelui fust ordonne le jour de St-Vincent 1555[6]) que tout ce qu'en contrahant mariage seroit promis aux enfants ou aultres personnes, soit par le pere, mere, freres, sœurs, parents ou tuteurs, par la permission des parents et amis, doibge entierement estre obserue et

dasselbig gänzlich gehalten vnd erstattet vnd niemand daran betrogen noch dargesetzt werden solle.[5])

effectue et en cela que personne ne soit forclose ou trompee.

[1]) C: |der| [2]) Diese Stelle findet sich in dem von Werro herausgegebenen ursprünglichen lateinischen Text nirgends. [3]) C z: nach. [4]) In einem Ratsurteil dieses Tages S B 234. 326. [5]) Dem Klagerecht eines Betrogenen setzten gG 373, t 91ᵃ und T 63ᵇ die Frist von einem Jahr und sechs Wochen. Die Randglosse in T will diese Frist aber in den Abschnitt von „verjarungen" verweisen, in dessen jetzigem Text sie indess fehlt. [6]) Offenbarer Fehler wie die Lesart von A: 155.

292. Obrigkeitliches Ermessen bei Einsprüchen Dritter.

1600.

T 62ᵃ. t T 40ᵃ. A 93ᵇ. C 173. D 40ᵃ. M 80ᵃ.

Zusatz vnd vorbehaltnus der dritten person halben. In dem jahr als man zahlt von der heilsamen geburt vnsers herrn tusendsechshundert ward zu dem nächstuorgehenden artikel bekräftigung halb desjenigen, so vf eetagen versprochen, dise bescheidenheit vnd erlüterung gethan, das wann von andern dritten personen, die in ehetag nit bewilliget, nüw oppositiones beschehent vnd andere väl sich zutragent, alsdann die oberkeit der billichkeit nach darumb zeerkennen hab.

Adjonction et reserue pour vne tierce personne. En l'an 1600, pour confirmation des promesses faictes en contrahant mariage, a l'article deuant ast este adjoustee la declairation et moderation suiuante, que si la tierce partie non consentissante au mariage faisoit nouuelles oppositions et que aultres cas arriuassent, que lors le magistrat en puisse juger et congnoistre scelon l'equite.

293. Ausgleichung der Ehesteuern.

22. Juni 1505.

g 192ᵇ. G 235ᵃ. g G 364. t 89ᵃ. T 62ᵃ. t T 40ᵃ. A 93ᵇ. C 173. D 40ᵃ. M 80ᵃ.

Von glychheit der töchteren in ehesteüern. Der vatter soll synen töchteren [1]) glyche ehesteür geben vnd

Egale dotation des filles. Le pere doibt donner a ses filles egale constitution et doter l'vne comme l'aultre sans bail-

eine vssteüren wie die andere vnd einer tochter nit mehr geben dann der anderen, dann sunst wurde die so weniger hat, betrogen, vsgenommen die so gänzlich quittiert habend, vnd wann es der gehorsamkeit vnd wolhaltens halb zwischen den töchteren ein vnderscheid hat.

ler a l'vne plus qu'a l'aultre, aultrement celle qui auroit receu le moings seroit forclose, reseruees celles qu'ont entierement quitte ou bien quand il y a de la difference entre les filles pour l'obeissance et bon gouuernement.

[1]) Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Söhnen und Töchtern vgl. Art. 432. g sagt hierüber: Vnser statt recht in eetagen ist dis, das wan die elter ire kind verelichend vnd sün vorhanden sind, mag der vatter synen sünen hus vnd hof in der statt, vnd vf der landschaft hus, den zug vnd schiff vnd gschirr zum buwen gehörig, von des nammens vnd stammens wegen, oder ander ding nach synem gutbedunken zimblicher wys vnd nach dem er meint recht vnd billich syn, vorbehalten (spätere Einschaltung: vnd das syn gut ertragen mag bis vf das dritteil an ligenden gütern).

294. Ehesteuer. Bezeichnung und Begriff.

g 195b. G 241a. gG 371. t 90a. T 62a. tT 40a. A 93b. C 174. D 40b. M 80a.

Was ehesteür vnd heürathgut seye. Heürathgut, brutgut, ehe- oder heimsteür ist anders nichts dann was einem kind vf ehetagen |syne ältern oder fründ geben|.[1]) Dann das ander gut, so ihme |von synen älteren|[2]) härnach werden mag, würd ein erbtheil oder gabung[3]) genempt, welches vf ehetagen wohl zevnderscheiden ist.[4])

Qu'est ce que dotation. Dotation, dot ou constitution de mariage n'est aultre chose que ce que le pere, mere ou parents baillent a vng enfant au contract de mariage. Car l'aultre bien qui lui vient apres de ses pere et mere, s'appelle droict d'heritage ou donation, ce qu'en contrahant mariage doibt bien estre discerne.

[1]) ACDM: von s. ä. o. fr. gegeben wird| [2]) Cf| [3]) gG und tz: oder legat. [4]) g und G: darumb ist von nöten, das man nampse in der eeberednus, was man inen zu eestür gibt souil oder souil.

295. Ehesteuer. Sicherung.

g 192b. G 236a. g G 375. t 90a. T 62a. t T 40b. A 94a. C 174. D 40b. M 80b.

Versicherung des heürathguts den wybern zu gutem. Alle ehesteüren, heürathgut vnd gaben sollend vf der brut vnd ihrer freünden|[1]) begehr, sye vf ehetagen oder härnach, versichert vnd gesetzt werden vf sonderbare stuck oder vf des breütigams gemeine güter, damit si in künftigem ihr gut wisse zeuinden. Vnd was der mann nachgehends[2]) für schulden macht, die mögend der ehesteürsatzung nit schaden. Vnd söllend dieselben von solcher des manns schulden wegen nit angegriffen werden, dann mit des wybs willen vnd nachlass.

Assignation des mariages au proufit des femmes. A l'instance de l'espousee et parents toutes constitutions et donations doibgent estre rescriptes en contrahant mariage ou apres et assignees sur pieces speciales ou generalement sur tous les biens de l'espoux afin qu'a l'aduenir elle puisse trouuer son bien. Et les debtes apres faictes par le mari ne deburont nuire a l'assignation ou biens assignes, lesquels ne pourront aussi estre saisis pour les debtes du mari, si non par vouloir et permission de la femme.

[1]) g und G f || [2]) Add. g und G: Vnd also ist abgetan die ordnung im weltschen ordnungbuch fol. 108 begriffen, die do die frouwen gefryget, das die eestür vnd brutgoben ouch widerfal vor allen alten vnd nüwen schulden sollend gesetzt vnd bezalt werden, dardurch dann gross geuarlich satzungen geschechend. — Ueber die Haftbarkeit des Frauenguts für Mannesschulden teilt die lange Zeit im Rate sich bestreitenden Meinungen und die daran sich knüpfenden Beschlüsse vom 9. Oktober 1439 und vom 12. Oktober 1461 der Recueil Werro VIII Nr. 598 mit. Daran reihen sich folgende weitere Beschlüsse bezw. Urteile von 1498, 1537, 1544, 1553, 1559, 1561 und 1570.

1. Zinstag (27. November) nach Cath. 1498. Das die eewyber nit verbunden syn sollind, irs mans schulden zebezalen, habind kind oder nit, es sye dan das si in des mans erb tretten syend oder das si sich mit vnd für den man verpflichtet habind, sonders sollind vnd mogind si nach lut irer ee- vnd satzungbriefen ir eestür vorabnemmen. (SB 97.)

2. 26. April 1537. Rechtszeugnis des Rates für die kinderlose Verena Schmid des Venners. Wo man vnd wyb in ee zesamen komend vnd by einandren kein kinder gewinnend, das in semlichem val das wyb mit denen schulden, die der zyt als si einandren gehebt, vfgeloufen werend vnd syn möchtend, kein beladnus tragen . . ., sunders ir gut, so si zu dem man

in die ee gebracht haben möcht, hindan nemmen vnd bezüchen solle vnd moge, es sye dan sach, das das wyb in söliche schulden gunst vnd verwilligung geben habe. (R. V. 18a.)

3. 17. April 1544. Nachdem ein alter bruch vnd recht gewesen, das die eefrouwen, so by iren mannen kind gehebt die by leben beliben, mit irer eestür vnd mit allem irem gut, so si haben mochten, ires mannes schulden musstind vnd soltind helfen abtragen, habind wir schultheis, ret, sechzig vnd burger dasselbig als beschwerlich vnd wider ander landen recht hüt widerrüeft vnd diser gestalt bessert vnd gesatzt, namblich das nun hinfür die frouw, so by irm man kind haben vnd v̈berkomen würd, nit wyter sol verbunden syn irs mans schulden helfen abzetragen dan mit irer vf eetagen versprochnen eestür. Vnd sol doch, ob dieselbe eestür solicher schulden halb angegriffen, vorus vnd ob bemelts irs mans gut erstlich angegriffen vnd an zalung der schulden gewendt vnd die eestür aldan erst, wan des mans güter nit genug tun möchtind, darin verschmelzt werden vnd ee nit. Doch wo die frouw für vnd mit irem man verschriben were, lassind wir es darby belyben. Was dan die frouw sunst v̈berkomen oder ererben würd vnd mag vsserthalb vnd nach der eestür, dasselbig sol ir als ir fry eigen gut den schulden vnuerpflicht belyben. Wo aber sich der val, als ob stat, das si ir eestür in die schulden schiessen müesst, begäbe, so sollend ira dannocht die kleider vnd kleinotter hinus vnuerheft werden vnd veruolgen on yntrag. (Cit. in SB l. s. c.)

4. 2. August 1553. Ist erkent, das die eestür nach dato sol zalt werden. (marg. si hat aber kein kind.) (Cit. aus Gurnel Manual B in SB l. c.)

5. Frytag 31. Martii 1559 ist disem (Nr. 2) zuwider vs kraft einer ordnung in (15) 44 angeuangen zebruchen geordnet, das die frouw so kind bym man hat, ir eestür mit des mans schulden, wan sine güter nit vermochtind zezalen noch gnugsam werend, verschmelzen müesse, doch was si nach der eestür erbt, ira vorbehalten. (SB ib.)

6. 6. Febr. (15)61 ist ein glyches vrteil geben. (SB ib.)

7. 13. April 1570. Diewyl vs kraft des gesatzes Valleliani (Vellejani) die wyber irs zugebrachten guts halb gegen irm man vnd menklichem gefryet sind, vnd ob si schon sich vertröstend, vnuerbindlich, so wellen wir ouch, das die frouw, so vereelichet ist, sich on irs mans gunst vnd willen nit gewalt hab zeuerpflichten, vnd so si es tette, die pact vnd verschrybung kraftlos sye, wellen ouch nit, das ir gut, obschon der man solichs on ira gunst liesse verbinden, darumb behaft, sondern fry syn vnd blyben. Aber vnangesechen des gesetzes wellen vnd mogen wir wol nachlassen, das si ir gut für iren man verschryben moge, wan es durch syn gunst beschicht.

Si sol aber keins wegs gezwungen syn noch werden. Vnd so es den verschriben vnd ... der zalung geschicht, sol es dem schuldnorderer vnuerspert syn anzegryfen. Vnser verstand ist aber darumb nit (wie es aber hieuor ist gebrucht worden), das die frouw (habind kind by dem man oder nit) mit irer heimbstür, brutgab, widerual, zugebrachtem oder ererbtem gut irs mans schulden, so syn gut nit gnugsam were, solle helfen bezalen, sonder des ganz vnd gar entladen syn, es sye dan sach, das heiter am tag lige, das si es hab helfen vertun vnd vergüden oder das si darmit gewerbet vnd gehantiert hette. Vnd sol die alt ordnung hiedurch abgetan vnd widerruft syn vnd in solichem val die frouw ir gut vor denen schulden, die nach irem eenotel vnd verheiratung vfgangen, vorus zalt werden lut hieuor geenden artikels.

g und G sagen darüber: Wan sich füegt, das der man schulden gemacht hat, die syn gut angryfen welten, so sol mit der frouwen eestür gehandelt werden wie mit den eltisten schulden, also das welicher im dato der eltist ist, syend schuldner (creditor) oder frouw, alweg vorab bezalt werden sollend.

Und G 263[b] enthält darüber noch weiter folgende Stelle: Es sollen aber nach der ordnung, so m. g. h. nacher gemacht, das wyb vnd erben im gut ganz nüt vermischlen, sonder das wyb allein ire kleider vnd kleinotter sampt irm husrat vnd wessel nemmen (doch ee sie es nemme, den venner oder weyslinuögt darzu berufen vnd es ine zeigen vnd vfzeichnen lassen), vnd von stund nach dem lybual sich des erbs entzüchen vnd die schlüssel sampt aller des mans eigene hab vnd gut vbergeben. — Vnd ist dan, das nacher das wyb ein andern man nimpt vnd ir fründ ira widerumb gut gebend oder es sunst ein man irn glych vberkompt oder gut hat oder si by demselben man oder sunst wider gut gewint, weder das wyb noch der man sollend nit des ersten mans schulden zebezalen verbunden syn, es sye dan ir guter will.

---

296. Konkursrang des Frauenguts.

19. Oktober 1432.

g 193[b]. G 237[b]. gG 242. 376. t 90[b]. T 62[b]. tT 40[b]. A 94[a]. C 171. D 40[b]. M 80[b].

Wider geuarliche mehrung vnd sicherung, auch bekantnus empfangenen |heüratguts.|[1]) Zur abschaffung der geuar, dero sich etliche gebrucht, indem das si zu nachteil biderben lüten ihren wybern grosse ehesteü-

Contre assignations et confessions fraudulentes des mariages receus. Pour retranchement de la cautelle dont quelques vngs se sont seruis en ce qu'au prejudice de gens d'honneur ils asseureoient sur leurs biens grandes constitutions a leurs

ern vnd mehr dann aber empfangen worden, vf ihre güter gesetzt, in meinung der obgehörten satzung[2]) zegeniessen, ist darfür geordnet, das soliche geuarliche gabungen vnkräftig syn vnd die ehesteüer vnd brutgaben wie andere schulden ab des manns gütern bezalt werden sollend in ihrem dato von dem tag hin, an welchem der ehehandel beschlossen vnd die verheissung der ehesteüer vnd brutguts beschehen ist, ze|zellen|,[3]) obwol der ehenotel kurz oder lange zyt nach sölicher eheberedung| vfgeschriben worden|[4]) wäre, welches dem begehrenden zustahn wurde zebewysen. — Vnd geschah dis ynsehen mornedes nach Lucae des heiligen euangelisten tag tusend vierhundert zwei vnd dryssigisten jahrs der geburt Christi vnsers herrn.[5])

femmes et plus qu'ils n'auoient receues, en intention de jouir de l'ordonnance deuant escripte, ast este ordonne que telles assignations fraudulentes seront inualides et les constitutions ou dotations satisfaictes des biens du mari comme d'aultres debtes scelon leurs dates a compter dempuis le jour que le mariage aurat este conclu et la dotation promise, encourre que le contract aurat este reduict par escript peu ou longtemps apres les pasches matrimoniales, ce que conuiendra verifier a la partie instante. — Ce qu'est passe le lendemain de l'euangeliste St-Luc l'an 1432.

[1]) M: heürats| [2]) gG: deswegen das nach vnserm alten stattrecht soliche eestür, brutgoben vnd satzungen vor allen schulden gangen vnd zalt worden sind. [3]) A D: |stellen| [4]) C: |geschehen [5]) t 66[b] (am Rand): confirmiert per d. d. deputatos ipsa die Marci euangeliste sacra die (25. April) anno 1600.

---

297. Ehesteuer. Mass.

gG 369. t 91[a]. T 63[a]. t T 40[b]. A 94[b]. C 175. D 40[b]. M 81[a].

Wider geuarliche vssteürung. Die vssteürung soll getreülich vnd nicht mit geuärden beschehen durch die eltern vnd nach zimblicher ertragenheit aller ihrer |inhabender|[1]) gütern vnd mit solicher bescheidenheit, das si es gegen Gott vnd der |zytlichen|[2]) oberkeit mögind verantwurten.

Contre fraudulentes dotations. La constitution doibt estre faicte en bonne foi, sincerement, sans aguet par pere et mere, scelon la pourtee raisonnable de tous leurs biens qu'ils possedent et auecq discretion qu'ils en puissent respondre deuant Dieu et le magistrat seculier. Car se

Dann wa sich härnach beuunde, das dieselbige vssteürung betrüglicher vnd geuarlicher wys vnd nit nach ertragenheit der güteren, sunders dergestalt, das die kinder augenschynlich getroffen wärind, geschehen syn möchte, soll der oberkeit vorbehalten syn, ein gnädig vnd gebührend ynsehen zethun.

recongnoissant par apres telle constitution auoir este faicte cauteleuse et fraudulente et non scelon la pourtee des biens, ains de la façon que les enfants seroient euidemment forclos et defraudes, il est reserue au magistrat d'y auoir de l'esgard raisonnable et equitable.

[1]) gG, t und T: |ligenden| [2]) C: |weltlichen|

298. Widerfall. Begriff.

g 193. G 238ᵃ. gG 377. 378. 402. t 91ᵇ. T 63ᵇ. tT 40ᵇ. A 94ᵇ. C 176. D 41ᵃ. M 81ᵃ.

Vom widerual. Widerual ist eine gab, so eheleüt vf vnd ab ihren güteren bezühen vnd nemmen sollen, wann eins vor dem andern ohne lybserben [1]) abgaht, vnd vällt das v̈brig ihr gut widerumb ihren nächsten erben zu. Vnd würd ein widerual gemeinlich der frauwen vmb den drittentheil mehr denn dem mann geordnet, also das wann der mann ab syner frauwen güteren zweihundert pfund zenemmen hat, wann si ohne lyberben vor ihm abgaht, so soll die frauw, wann der mann vor ihren ohn lybserben |von ihnen beiden erboren| [2]) |verstirbt,| [3]) ab synem gut dreihundert pfund haben. Die eheleüt mögend aber dise gab mehren oder minderen nach ihrem guten willen. Vnd wie es beredt, also soll es blyben ohne zank.

De l'augmentement. Augmentement est vne donation que les jugaux prennent et retirent de leurs biens quand l'vng decede deuant l'aultre sans hoirs procrees de leurs corps, et le reste de leurs biens paruient a leurs plus proches heritiers. Et tel augmentement estant coustumierement ordonne le tiers de plus a la femme qu'a l'homme, ainsi que si l'homme ast a prendre sur les biens de sa femme 200 liures en cas icelle decedast deuant lui, la femme en cas que l'homme decedast deuant elle sans enfants procrees de leurs corps retirera des biens d'icelui 300 florins. Mais les jugaux pourront augmenter ou diminuer telle donation scelon leur bon vouloir et debura le tout demourer sans dispute, comme il aurat este arreste.

[1]) A D z: von inen (C D beiden) erboren. gG und t z: vnd on testament. [2]) A f || [3]) C: |abstirbt|

299. Eheverbot wegen Verwandtschaft.

g 203b. G 230b. 232. gG 354. 355. 356. 361. t 88a. T 63b. t T 41a. A 95a. C 176. D 41a. M 81a.

Straf der personen, die sich verheüraten oder sunst vermischen in verbottnen graden der freünd- vnd verwandtschaft. Welcher sich in verbottnen graden der freündschaft[1]) oder auch in der geuatterschaft verheürathet oder sunst fleischlich |vergaht,|[2]) der verwirkt lyb vnd gut in nachuolgendem vnderscheid, namblich, wann einer mit syner schwester vnd freünd im andern grad zeschaffen hat,[3]) der soll offenlich mit dem schwert gericht werden. Welcher sich mit freünden im dritten grad[4]) oder mit syner geuattern vermischt, dem soll ein offne |schandstraf|[5]) als mit dem halsysen oder mit ruten vshauwen angethan oder doch an synem gut, wann er sich in der geuatterschaft vergessen, härtiglich gestraft werden. Im vierten aber soll er ein ander lyb- oder geltstraf lyden nach ansehen der oberkeit.[6])

Chastiement de ceulx qui se marient ou habitent charnellement aux degres defendus de consanguinite et affinite. Quiconcques se marie en degre defendu de consanguinite et compaternite ou bien qui s'oblie charnellement, icelui est escheu en corps et bien en la distinction suiuante, si a scauoir celui qu'aura copulation auecq sa sœur et parente en second degre, icelui sera publicquement execute par le glaiue. Et qui ast congnoissance charnelle de sa parente au troisiesme degre ou auecq sa commere, icelui subira vne punition publicque et honteuse comme d'estre mis au collier ou fouette, ou bien sera griefuement chastie en ses biens, s'il s'est oblie auecq sa commere. Mais au quatriesme degre il endurera punition corporelle ou pecuniaire a l'ordonnance du magistrat.

[1]) A D: |blutsverwandtschaft| [2]) A: begaht| [3]) g G z: glycher wys mit der mutter. [4]) g G z: so ouch malefizisch ist. [5]) A: |schuldstraf| [6]) g und G spezifizieren noch keine Strafe, sondern stellen sie der „oberkeit“ anheim und auch wird „die erkantnus vnd dispensation der ee der geistlichen oberkeit heimgesetzt.“ gG und t fügen, auch hinsichtlich der Affinität, bei: Aber im fünften grad sol es nit verbotten syn, das ist zu verston zu fünften kinden, mit welichen die im ersten, andern, dritten vnd vierten grad, wann si inen am fünften sind, mögend heirat machen. Vnd verstaht sich ouch, wie obgeschriben, das die früntschaft der sytlini in den obgemelten graden den heürat ouch verhindert, namblich mit vnd gegen den personen allein, die dem man oder wyb geschwägert sind bis am vierten, weliche der nit mag vermechlen,.

der ein man oder wyb ime dorin gefründet zur ee voran gehebt. Aber syne vbrige fründ wol. Aber das verstaht sich nit gegen der person fründen vnd gesipten. Denn dauon würd nit verbotten sich mit derselben person andern fründen vngehindert solicher schwägerschaft zenerheiraten.

Hinter diesem Art. 299 schaltet nun die Handschrift M noch weiter folgende Satzungen ein, die sowohl in unserer Handschrift B, als in A, C und D sowie in dem französischen Text fehlen, aber den Entwürfen g 195ᵇ, 203ᵇ ff., G 231ᵇ ff., 240ᵃ, g G 357, 359, 360, 372 und 358 (Verbot der Ehe mit der Pupillin) entsprechen.

(a. mit Heiden und Juden.)

Jedem christenmenschen ist ouch vnd sol verbotten syn einichen heurat zemachen mit juden vnd heiden, die nit getouft sind noch den christenlichen glouben angenommen haben, by mydung lyblicher straf (g, G und g G: by verlierung des houpts), si werdend dan christen.

(b. mit Entführten.)

So ouch ein tochter oder frouw mit gwalt vs irem hus oder vs irer eltern gwalt entfüert, sol vnd mag der entfüerer mit iren kein heürat nit machen, si werde dan wider dahin überantwurtet, dannen si entfüert ist worden. Vnd sol si ouch kein priester nit vermechlen noch zusamengeben, obwol er irer zer ee begerte, sonders der tetter vnd syne helfer hertiglich an lyb vnd gut gestraft werden.

(c. Geuatterschaft vnd die firmung verhindert ouch heürat.)

Wir wöllend ouch (das) die verhinderung des heürats mit der geuatterschaft in vnsern landen statt habe vnd gehalten werde aller gestalt wie die heilige catholische kilchen hat angesechen im heiligen concilio zu Tryent, namblich das die geuätterten noch die göttinen mit den getouften heürat nit machen mögind, sondern allein der göttinen andere kind mit den getouften vnd des getouften andere fründ vnd kinder, wie es dan darin erlütert ist (g und G: vnangesechen das die geistlichkeit vor zyten (es) nit zulassen wellen). Glycherwys sol es sich verstahn mit den geuätterten (g und G: des sacraments) der firmung mit den firmierten.

(d. von vssteürung der geistlichen.)

Geistliche personen, syend weltliche priester oder ordenslüt, mögend ouch von iren eltern, wie andre, vsgestürt werden. Vnd wann si also sind vsgestürt vnd quittiert habend, sollend vnd mögend

si ouch nit (g und G: mit andern geschwisterden, die den nammen vnd stammen tragend) wyter erben, sonder blybt das übrig gut iren eltern geschwisterden (gG: den eltern, iren geschwisterden) die nit habend quittiert. Si soltend aber nit wider ze erben gesetzt werden, wie aber andere, deswegen das ire eltern vnd fründ nit mögen erben, sonder blybt ir gut dem orden oder der kilchen, es sye dan sach das si vergabend, wie in den gabungen zeuinden ist, oder das die eltern kein andres kind habend dan dasselbig, alsaan mogend sis zum erben setzen. Doch ist inen zugelassen, demselbigen (g und G: vs dem varenden gut) ein gab zethund oder ein lybding ir leben lang zeordnen, wie es in erbuälen würd erlütert.

300. Testament. Begriff.

G 267ᵃ. gG 379. t 93ᵃ. T 65ᵃ. tT 41ᵃ. A 95ᵇ. C 177. D 41ᵃ. M 83ᵃ.

Von testamenten, erbsatzungen, codicillen vnd legaten. — Was ein testament vnd wie es vfzerichten sye. Testament wird genempt ein erbgemächd, in welchem der testierer zügnus gibt synes eignen vnd freien |letsten|[1]) willens, wie er will das nach synem tod mit synem gut gehandlet werde.[2])

Des testaments. Qu'est ce que testament et comme il doibt estre dresse. Testament est appellee institution d'heritier, en laquelle le testateur rend tesmoingnage de sa pure, franche et derniere volonte, comme il veult qu'apres son deced on doibt faire et distribuer ses biens.

[1]) ACf| [2]) So T und tT. Dagegen G (und ähnlich gG und t): Ein testament ist anders nüt dann eins jeden letster will, ordnung vnd meinung, wie er begert das nach synem tod oder by synem leben mit synen verlassnen oder habenden gütern gehandlet vnd welchem si werden vnd zuuallen sollen, als ein zügnus dessen gemüets so dasselbige macht. Und als Motiv: vs gutem yfer, damit syne fründ in zank nit vallend vnd syne gönner synes guten willens genüssind vnd vorab gottes glider, deren er doch vor allen dingen syner selen zu trost sol yngedenk syn.

301. Testament. Schriftliches.

g 167ᵃ. G 269ᵇ. 270ᵇ. 273ᵃ. gG 379. 382. 384. t 93ᵃ. T 65ᵃ. tT 41ᵃ. A 95ᵇ. C 177. D 41ᵃ. M 83ᵃ.

Testamentum solenne. Das mag geschehen in geschrift vnd wird testamentum solenne genannt, wann eint-

Testamentum solemne. Ce que peult estre faict par escript et est appelle testamentum solemne, quand le testateur

weders der testierer selbs[1]) syn erbordnung oder testament[2]) mit eigner hand schrybt vnd es durch einen geschwornen notari[3]) den zügen, dero zum wenigsten[4]) zwei oder drei glaubsame |mannspersonen|,[5]) die dem testierer noch synen gesatzten erben bis im vierten grad der blutsverwandtschaft nit zugethan, |verlesen vnd stipulieren lasst|[6]) oder aber durch des notari hand selbs in bywesen der zügen, welchen der notarius das empfangen testament vorgelesen hat, darmit es eigenlich vnd wol, wie es der testierer |angegeben oder|[7]) angiebt vnd dictiert, angehends vfzeichnet vnd geschriben, |darinnen nützit geändert oder eins für das ander daryn gesetzt|[8]) werden.

de sa main propre escript son ordination d'heritier et testament et le faict lire et stipuler par vng notaire jure par deuant au moings deux ou trois hommes dignes de foi non parents du testateur ou a ses hoirs institues jusqu'au quatriesme degre de consanguinite, ou bien quand le notaire mesme de sa main reçoit et escript le testament en presence des tesmoings auxquels il doibt faire lecture du testament receu, afin qu'il soit proprement et bien remarque et escript tout a l'instant ainsi que le testateur ast commande et dicte sans aulcung changement ou qu'on y mentionnast l'vng pour l'aultre.

[1]) g und G: ein husuatter, der in der geschikligkeit ist. [2]) Ib. sonderlich so er zwüschen synen kinden etwas ordnungs machen wil. [3]) gG 384: Wiewol vor etlichen zyten vnsere vorelter vs beweglichen vrsachen allein dem stattgericht- vnd landschryber als den rechtskündigen vnser stattordnungen nachgelassen vnd gewalt geben, solich formbkliche testament zeempfahen, vnd es den vbrigen schrybern vnd notarien sampt den geistlichen vnd bychtvettern, die es ouch vnderstanden, verbotten, darumb das zu der zyt solich testament allein vor vnsern rhat oder beiden gerichten söltend vnd müestend vfgericht werden. Diewyl aber mit der zyt der bruch hin (yn?) geschlichen, wollen wir ouch denselben hin faren (hinfüro?) vnd hiemit bewilligen vnd nachlassen, das alle vnsre notari vnd geschworne schryber, die des notariats vnd pratik wol bericht vnd kündig sind vnd die jur von vns haben vnd den eid gethan, sollend vnd mögend biderberlüten testament vnd ordnung stipulieren, empfachen vnd vfschryben, souer jeder by synem eid disen vnsern ordnungen nach handlend sich wie ob from vnd vnparthysch bewyse, den testierenden nit vnderrichte erwarten etwas zethun oder zelassen, was er vs synem fryen eignen willen vnd bewegnus nit thun wurde, noch einich sach darin fürnemme, daran der testierer abschühen fassen mocht. Sunst würd er stref-

lich.... [4]) g und G: so er nit mer haben mag. gG: nach diser landen recht. [5]) AD: |männer [6]) In g und G tritt an die Stelle des notarialischen Aufnehmens bezw. Vorlesens: vnd an synem todbet beuestnet. [7]) Af [8]) ADf || t: |noch ein für das ander wort daryn setzen| C: |darein| M: |darinnen Anders früher g 171ª: Wan einer ein testament vfgericht, so dunkel vnd in etlichen puncten vnd worten vnuerstendig vnd nit wol erlütert were, sol vnd mag derselbig solichs syn testament vor zweien erbarn zügen erbessern oder selbs mit syner eignen handschrift.

---

302. Testament. Mündliches.

F 17ª. g 167ᵇ. G 270ª. gG 379. 382. t 93ᵇ. T 65ª. tT 41ᵇ. A 96ª. C 178. D 41ᵇ. M 83ᵇ.

Testamentum nuncupatiuum. Anderer gestalt mag ein testament gemacht werden, namblich wann der testierer vor berüften rechtmässigen zeügen syn testamentierliche [erbordnung mundlich eröffnet vnd erklärt, es sye glych ein notari darby oder nit. [1]) Vnd würd diese testamentierliche][2]) ordnung genempt testamentum nuncupatiuum. Vnd je mehr glaubhafter vnparthyscher zügen by solchen testamenten sind, je mehr glaubens vnd kraft si haben sollend. [3])

Testamentum nuncupatiuum. Vng testament peult estre faict d'vne aultre façon quand le testateur en presence de tesmoings legitimes appelles declaire et manifeste verbalement son ordonnance testamentaire, qu'il y ait vng notaire present ou non. Et telle ordonnance testamentaire est appellee testamentum nuncupatiuum, et tant plus de tesmoings neutres dignes de foi seront presents a vng tel testament, tant plus de force et vigueur il aura.

[1]) Erst in gG 379 zu allgemeiner Geltung erhoben. F (von neuerer Hand): Ein testament so durch einen geschwornen schryber nit vfgericht, sonders allein in bysyn etlicher gezügen, sol nach altem bruch innerthalb sechs wuchen widerbracht werden. g und G: Glycherwys wan vf der landschaft ein lantman also v̈berylt wurde, das er syn testament einem notari nit möchte angeben, so er synen willen, testament vnd ordnung in bysyn zweier oder meer ordenlicher gezügen eroffnet, so mag selichs ouch zugelassen werden, souer solich syn ordnung innerthalb sechs wuchen nach synem abgang durch die gezügen ordenlich der herschaft widerbracht werde. [2]) Af [] [3]) Dies erst in gG 382.

---

303. Vermächtnisbrief.

G 301b. gG 380. t 94a. T 65b. tT 41b. A 96a. C 178. D 41b. M 83b.

Codicill. Codicill ist auch ein begriff vnd vfzeichnung eines |letsten|[1]) willens in einem byzedel[2]) oder brieflin, doch ohne einiche erbsatzung, substitution noch enterbung, sunders trifft allein gaben vnd legaten[3]) an, bedarf derhalben der testamentierlichen solennität nit. Vnd diewylen solliche codicill allhier |nit|[4]) in grosser vbung, so ist auch vnnöthig vernere erlüterung darumb zegeben.

Codicille. Codicille est aussi vne comprinse et notation d'vne derniere volonte et vng billiet et lettre sans institution d'heritier, substitution ni exheredation, ains qui concerne seulement des donations et legats et par ainsi ne recquiert les solennites testamentaires. Mais d'aultant tels codicilles ne sont en ces quartiers en grande vsance, il n'est recquis d'en apporter vlterieure declairation.

[1]) A: |guten| [2]) gG: das geschicht gewonlich vor oder nach gemachtem testament. [3]) gG: vnd sunst, was einer gern hett — (504) vnd so etwas vergessen wer. [4]) A f

304. Mitwirkende Personen. Amtliche.

g 167b. G 270a. gG 379. t 93b. T 65b. tT 41b. A 96b. C 178. D 41b. M 83b.

Wie vnd in was zyt ein testament (nuncupatiuum) vfzerichten. Im val ob anzogener mundlicher testierung staht es an eines schultheissen oder synes statthalters discretion,[1]) vf anhalten derjenigen, die des testaments zegeniessen|[2]) gedenkend vnd nach ertragenheit[3]) der sach die zügen eintweders für rhat zewysen, si allda[4]) examinieren vnd verhören oder aber angehends in die canzley zebescheiden,[5]) da dann der stattschryber sampt dem grossweibel, so amtshalb dessen beuelch tragend, die zügen by ihren eiden[6]) verhören, dero sag in das testa-

Quand et en quel temps vng testament nuncupatif doibt estre dresse. En cas que la declairation testamentale, comme sus est dict, seroit faicte verbalement, a l'instance de celui qui pretend preualoir du testament et scelon l'exigence du faict il depend de la discretion de l'aduoyer ou de son lieutenant de renuoyer les tesmoings en conseil pour les ouïr et examiner ou bien en la chancellerie ou ce que le secretaire d'estat auecq le grand saultier lesquels causant leurs offices en ont commandement, entendront les tesmoings par serement. Et apres estre leurs declairations inserees au

mentbuch geuasst[7]) vnd demnach[8]) dem anhaltenden ein formbklicher schyn der gezügnus vnder dem secretinsigel (doch denjenigen so an des testierers verlassenschaft ein besser recht haben möchtend, ohne schaden) vfgericht vnd zugestellt werden soll. Die instanz aber vnd fürbott[9]) soll beschehen innenthalb[10]) sechs wuchen den nächsten nach des testierers ¦todlichem hinscheid. [11])

libure des testaments, sera dresse et expedie a la partie instante acte formel du tesmoingnage garni du sceaul secret (sans toutefois le prejudice de ceulx qui pourroient auoir meilleure action sur l'heritage du testateur). Mais la citation et instance deburat estre faicte dans six sebmaines prochaines apres la mort et obit du testateur.

[1]) So erst gG. Nach g und G soll der „Andinger" des Testaments „erstlich vom h. schultheissen vrlob nemen, den gezügen vor rhat zebieten, vnd so dan die zügen vf den tag der assignation erschynen vnd die oberkeit inen erloubt verhört zewerden, sollen si aldan für den stattschryber vnd grossweibel oder ire statthalter gefüert werden, ir zügnus zeuerhören." Die Alternative unterlag früher einer Érörterung im Rat. Nach gG erfolgt auf das Verhörgesuch die Canzleiverweisung, „so von niemand daran kein yntrag gestattet noch wider gesprochen." [2]) Cf¦ [3]) gG: so er (der Schultheiss) gespürt, das die sach grosser ertragenheit ist. [4]) A C D M z: zu. [5]) G: nach altem bruch. [6]) gG: (eid) den si vf begeren des andingers tun sollend. [7]) Erst jetzt wird das Testament schriftlich. G: in der canzly, do dan gewont ist soliche testamenten zeuertigen vnd zesiglen. [8]) Ursprünglich wird das schriftliche Testament nun vorerst wieder dem Rat vorgelegt und erst dann erfolgt die Homologation. g: weliche (Stadtschreiber und Grossweibel) dan ir zügnus ordenlich in geschrift veruasset widerbringen vnd demnach dem andinger ein gloubwürdiger schyn vnder dem secretinsigel durch den stattschryber geben werden. [9]) Der Zeugen; ob auch der Gegenbeteiligten? [10]) Vergl. hierüber Art. 345. [11]) C: tod¦

305. Mitwirkende Personen. Priester.

gG 385. t 94ª. T 65ᵇ. t T 41ᵇ. A 96ᵇ. C 179. D 41ᵇ. M 84ª.

|V f z e i c h n u n g|[1]) d e r t e s t a m e n t e n d u r c h p r i e s t e r. Den geistlichen personen, die by der angebung des testamentes, ist zugelassen,[2]) des testierers ordnung vnd |letsten

Testaments remarques par prestres. Il est permis aux prestres ou personnes ecclesiastiques qui se rencontrent ou sont presents en la dictation d'vng testament, d'an-

willen|[3]) gedächtnuswys ze-concipieren vnd vfzezeichnen, soll doch solch concept nit solliche kraft haben als eines geschwornen notarii stipulation, sunders soll der priester mit syner vfzeichnung als ein einziger gezüg mit synen mitgezügen vmb die testamentierliche ordnung syn zügnus[4]) in der canzley by synem priesterlichen eid geben vnd widerbringen. Alldann mag er auch syn schrift vor den andern zügen ynlegen, darmit sy sich darab desto besser zeerinneren vnd ihr zügnus mit besserem verstand vnd gedächtnus von sich zegeben habind.

noter et remarquer l'ordonnance ou derniere volonte du testateur pour memoire. Mais telle annotation n'aura pas tant de force comme la stipulation d'vng notaire jure, ains le prestre auecq son annotation comme tesmoing vnicque auecq aultres tesmoings rendra et rapportera son tesmoingnage en la chancellerie par son serement sacerdotal lorsqu'il pourra aussi aduancer et produire pardeuant les aultres son escript, afin que la dessus ils se puissent tant mieulx aduiser et rendre leur deposition auecq tant meilleur entendement et memoire.

[1]) A: |verzeichnung [2]) gG: als ouch ein zytlang brüchlich gewesen, das die priester vnd geistlich lüt, so die kranken visitiert vnd versehen, vnderwylen ir testament ouch empfangen, das haben wir als vnsern ordnungen widrig genzlich abgestellt vnd verbotten, wellend es ouch fürhin nit lenger gestatten, dan allein zugelassen haben, das solich seelsorger als ander zügen zum testament berüeft werdend. [3]) M: 'willen so der letste ist| [4]) A D z: vor rhat oder.

306. Mitwirkende Personen. Notarien.

G 272b. 273a. gG 384. 386. t 94b. T 66a. tT 41b. A 97a. C 180. D 41b. M 81a.

|Welchermassen [1]) gefrünte notarii eines gefrünten testierers ordnung empfahen mögind. [Zu ableinung|[2]) widerwärtiger meinungen, ob ein notarius, der dem testierer oder dem gesatzten erben in dem vierten grad oder näher gefründet, das testament kräftiglich empfahen möge, ist dise satzung für das künftig als der billichkeit gemäs[3]) gestellt, benanntlich was die

Comme notaires parents peuluent recepuoir le testament de leur parent testateur. Pour decision des contraires opinions, si vng notaire parent du testateur ou de l'heritier institue au quatriesme degre ou plus proche peult validement stipuler le testament, ast este faict pour l'aduenir ceste ordonnance conforme a l'equite a scauoir que tant qu'il concerne la stipulation des testaments, que nul notaire qu'est

stipulation der testamenten anbelangt, da][4]) solle kein notarius, der dem erben[5]) bis zum vierten[6]) grad in geistlicher |linien oder [7]) rechnung gefründet, das testament stipulieren. Was aber andere offene testament anberüert, die mögend si empfahen vnd stipulieren, wann ihr blutsverwandtschaft sich vber den vierten grad der weltlichen oder ciuilischen rechten vnd ordnung nach vsstreckt. In allweg aber sollend andere vnparthysche zügen vfs wenigst zwei oder drei darzu berüeft werden.

parent de l'heritier jusqu'au quatriesme degre scelon la ligne ou computation spirituelle puisse stipuler le testament. Mais s'il est question d'aultres instruments publics, ils les pourront recepuoir, si leur parentage s'extend jusqu'au quatriesme degre scelon le droict et ordonnance ciuile. Toutefois y deburont tousjours estre appelles d'aultres tesmoings neutres au moings deux ou trois.

[1]) C: |wie [2]) C: [In ablehnung [3]) G: Dan der schryber zu solichem weder schaden noch nutzen mag, sonder ist wie ein vnparthyscher (gG: gemeiner) man, dessen ambt ist vfzezeichnen das man ime angibt (gG: beuilcht). gG fügt bei: diewyl er den eid getan hat, alles vfrecht zeschryben, (vnd) von synes ampts wegen angelangt wird. Vgl. Art. 301. [4]) AD: [In angebung von testamenten] Ebenso tT. [5]) gG und t: weder dem testierer noch gesatzten erben. T notiert am Rand die Frage, wie es sich hinsichtlich der Verwandtschaft mit dem Testierer verhalte. [6]) Was aus G unter Anm. 3 aufgenommen ist, würde keinen Grad ausschliessen. Aber schon in G selbst findet sich ein (späteres) subterscriptum: Harzugetan, das der schryber dem testierer noch dem erben nit zum andern (grad) solte gefrünt syn. gG entwickelt ebenfalls das in G (Anm. 3) Gesagte, schliesst aber: Er sol aber dennocht weder dem testierer . . . blutsverwandt syn. t, auch in subterscripto: Dise satzung ist genarlich gnug vs vrsachen die den hh. verordneten anzeigt werden möchten. T remediert nun durch unsere Fassung. [7]) A D f!

307. Mitwirkende Personen. Zeugen. Regel.

G 271b. 272. gG 387. 390. t 95a. T 66a. tT 42a. A 97a. C 181. D 42a. M 84b.

Von zügen vnd kuntschaften zu den testamenten. Alle vnd jede geistliche vnd weltliche |manns [1]) personen, die nach verlut in

Des tesmoings pour les testaments. Tous hommes ecclesiasticques ou temporels peuluent porter tesmoingnage aux testaments, lesquels scelon la reigle

disem buch hieuor vergriffener gemeiner satzung[2]) von zügen vnd kuntschaften rechtmässige zügen sind, die mögend in testamenten auch kuntschaft tragen. — Schadet auch nit, wann ein vatter, syne söhn, des vatters bruder vnd alle die, so in des vatters gewalt, hus vnd spys sind, zu zügen der testamenten, da die testierer vnd gesatzte erben ihnen nüt gefründet sind, samenthaft |oder nit samenthaft|[3]) beruft vnd zu zügen genommen werdind. — Mag auch einem testament |kein schaden bringen,|[4]) das ein züg oder syne fründ von dem testierer in eröffnung synes letsten willens mit einer gab gemeint würd. Es soll aber der schryber solliche gabungen besunderbar vsserhalb des testaments vfschryben,[5]) welche gabung von den erben nüt desto weniger vsgericht werden soll.[6])

generale des tesmoings contenue au present libure sont tesmoings legitimes, et n'empourte rien encourre que le pere, ses enfants, les freres du pere et tous ceulx qui sont en la puissance, maison et nourriture du pere sont appelles et prins conjoinctement ou separement pour tesmoings des testaments en tant qu'ils ne soient parents du testateur ni de ses heritiers institues. — Et ne peult prejudicier au testament si l'vng des tesmoings ou ses parents en la declairation du testament auroient este gratifies par le testateur de quelque donation. — Mais le notaire serat entenu remarquer semblables donations dehors du testament. Ce neantmoings les heritiers deburont payer et satisfaire telle donation.

[1]) Af, [2]) Vgl. Art. 79. gG schliesst noch ausdrücklich weiter aus Uebelthäter und Totschläger. [3]) Cf | [4]) AD: |kein abbruch noch sch. br.| M: nit sch. br.| [5]) G und gG: der zügen gaben sol der schryber vfzeichnen, aber nit im testament melden, sonders allein den erben anzeigen, die dann dieselben nit minder sollen vsrichten dan ob si im testament vergriffen werend. Vnd die zügen sollend des schrybers gab den erben ouch anzeigen vnd si die vsrichten. Vnd gschicht das zu mydung alles argwohns. [6]) G und gG: wie wol es von iewelten har nie kein widerred gehabt, sonders sind söliche gaben richtig bezalt vnd in testamenten vergriffen worden one klag.

308. Mitwirkende Personen. Zeugen. Ausnahme.

G 272ᵇ. gG 388. 389. t 95ᵃ. T 66ᵇ. tT 42ᵃ. A 97ᵇ. C 181. D 42ᵃ. M 85ᵃ.

Von zügen in nothzyten, pestilenz vnd

Des tesmoings en la necessite de peste ou aultres accidents.

anderer välen halb. In beschynlicher noth, wann zügen nit mögend in der zahl wie ob geuunden werden, mag der schryber mit einem anderen einzigen gezügen zu kuntschaft gebrucht vnd zugelassen werden. — In nothzyten [1]) pestilenzischer sucht vnd anderer gäher zuuälen würd gestattet vnd zugelassen, das dienst im hus, syend manns- oder wybsbilder, die guter vernunft, gezimenden alters vnd vnuerlümbdet vnd dem testierer vnd erben in graden wie vor gemelt nit verwandt sind, [2]) mögend zu zügen des letsten willens genommen werden vnd darumb zügen.

En euidente necessite ne pouluants les tesmoings estre trouues en nombre comme sus est dict, le notaire auecq vng aultre tesmoing seul pourrat estre employe et admis a tesmoing. Aux necessites de contagion et aultres accidents subits il est accorde et permis de prendre et se seruir pour tesmoings aux dernieres volontes des seruiteurs de la maison soit hommes ou femmes moyennant qu'ils soyent de bonne fame, de bon entendement et de l'eage competent, sans estre parent du testateur ou de l'heritier aux degres sus declaires.

[1]) G: . . da niemand sich gern zu den kranken ynlasst. gG: in nothzyten erblicher krankheiten. [2]) G: die eines guten alters vnd vernunft sind. gG: vnd vnuerlümbdet. t: vnd dem testierer nit verwandt.

309. Geheimhaltung und Eröffnung letztwilliger Verfügungen.

G 269[b]. 302. gG 383. t 100[a]. T 66[b]. tT 42[a]. A 98[a]. C 182. D 42[a]. M 85[a].

Von verhälung der testamenten. Alle geschworne schryber, so testament stipulierend, vnd die zügen, so der angebung bywohnend, die sollend by ihren eidspflichten das testament, gabung, legaten vnd gemechd heimlich vnd verschwigen halten [1]) vnz an des abgestorbnen dryssigsten. [2]) Alsdann soll das testament in gebührlicher form vf gebührliche belohnung eröffnet, vfgericht [3]) vnd der parthy, dero es zugehört, zu handen gestellt werden, by dem eid.

De l'occultation des testaments. Tous notaires stipulants testaments et les tesmoings assistants a leur dictation doibgent par leur serement tenir secret le testament, donation et legats jusqu'au trentiesme du testateur defunct, lorsque le testament debura par serement estre dresse en dheue forme, ouuert et remis moyennant salaire competent entre les mains de la partie a laquelle il appartient.

[1]) gG: vnd gar nichts vszelassen oder verschwetzen. [2]) G (alternativ): es sye dan sach das die fründ vnd erben das ee begerind zeeröffnen vs eehaften vrsachen. gG: (heimlich halten) vnzit die fründ vnd des abgestorbnen gesetzt oder natürlich erben das begerend oder das testament vnd gemechd wie ob abgehört vnd verlesen habind by mydung vnser straf... vnd den gesetzten erben nach gehaltenem dryssigsten ein gut vnd formbklich instrument in allen synen (t: puncten vnd) clauslen vf ir anhalten vfrichten vnd zu handen stellen vmb syn gebürende belonung. G 302ª unterscheidet zwischen extraneis und Noterben und überlässt letzteren die Eröffnung. [3]) A: vnd gericht | Cf

---

310. Testierfähigkeit.

Februar 1283[1]). Juli 1285.

F 46ᵇ. g 155ª. 156ª. G 268ᵇ. gG 391. t 95ᵇ. 100ᵇ. T 66ᵇ. tT 42ᵇ. A 98ª. C 182. D 42ª. M 85ª.

Welche zetestieren befügt syend. Jeder von natur fry geborner mentsch, sye mann oder wyb, [2]) mag vnd ist befügt nach lut der[3]) fryheiten vnd ordnungen diser statt, wann er derselbigen burger, hindersäs oder landmann ist, auch statt- oder landrecht thut, syner eigner[4]) gütern halb testament machen vnd stellen nach synem fryen willen vnd geuallen.

Lesquels peuluent tester. Vng chascung personnage natif franc de nature, homme ou femme, scelon les franchises et ordonnances de ceste ville, s'il en est bourgeois, residant ou paysant, faisant et rendant droict de ville ou du pays, peult et est authorise de disposer et faire testament de ses biens propres a sa franche volonte et plaisir.

[1]) Die Urkunde sagt 1282, denn sie lässt nach Annunciationsstil den Februar 1283 noch in 1282 fallen, da nach diesem Zeitstil 1282 bis zum 25. März von 1283 dauert. [2]) SB 361: Frytag (3. Nov.) nach aller heiligen tag 1514 ist ein vrteil geben, ouch daruf geordnet worden, das ein frouw, die fry ist, das ihr mag vergaben, wellichem si will, on yntrag noch jemandes widerred. Ob früher dieser Satz ungewiss war oder nur in diesem Fall seine Anwendung, ist aus der Stelle nicht ersichtlich. F und g sprechen schon ohne Unterschied: „jede person." Die früheren Verordnungen von 1283 und 1285 sprechen nur im Masculinum. Doch wird erwähnt die mulier (quae) contradicente marito et liberis suis voluerit dare vestimenta sua in elemosyna. [3]) Cz: satzungen. [4]) Cz: mittlen vnd.

311. Testierunfähigkeit. Allgemeine Gründe.

F 46b. g 155a. G 269a. 280a. gG 392. 412—416. t 95b. T 66b. tT 42a. A 98a. C 183. D 42a. M 85b.

Welche fry zehalten vnd zenambsen. Alle die werdend für frye[1]) lüt gehalten, welche[2]) nit lybeigen noch der todten hand vnderworfen sind, |die nit verpfründet sind,|[3]) die nit vnder ihrer älteren, vatters, mutter noch vögtlichem gwalt vnderworfen, item dero güter nit verpänniget sind, die ihr gut vorher niemand vergabt habend, die keine eeliche lyberben habend,[4]) die von ihren ältern, geschwisterden vnd anderen fründen, ihren mittheileren ihrer güter halb vertheilt sind,[5]) by welchen worten zebeschliessen, das lybeigene, der todten hand vnderworfene, |verpännigte, (verpfründte),[6]) vnuerständige,|[7])torechte, auch beuögtete vnd vndertaget lüt (als namblich ein sohn vnder achtzehen vnd ein tochter vnder sechzehen jahren), desglychen diejenigen, denen die verwaltung ihres guts, wehr vnd waffen, item die pactungen von ihrer vntuglichkeit[8]) wegen verbotten sind, item malefizische oder|[9]) criminalische vnd zum tod verurtheilte lüt, dero gut dem fisco der herrschaft[10]) veruallen, [die in öwige geuengnus|geuorderet|[11]) sind,][12]) die in bann, acht vnd überacht geschlagen sind, solang si in demselbigen blybend, offene wucherer vnd die wissentlich in einer vngerechten

Lesquels sont reputes francs. Tous ceulx sont reputes francs et libres qui ne sont taillables et subjects a main morte, qui ne sont prebendaires ou soubs la puissance de leurs peres, meres ou tuteurs, qui ne possedent biens subjects a substitution, qui n'ont au parauant faict donation de leurs biens, qui n'ont point d'enfants legitimes, ains qui sont partis et diuis de leurs biens d'auecq leurs peres, meres, freres, sœurs et aultres parents et condiuiseurs, par lesquels mots est a conclure que gens taillables, subjects a main morte, substitues, prebendaires, ceulx qui ne sont de bon sens et jugement rassis, qui sont soubs tutelle et en minorite d'eage (comme vng fils soubs l'eage de 18 et vne fille de 16 annees), comme ceulx (auxquels) causant leur legerete leur sont defendus les armes, la maniance de leurs biens et les pasches, item personnes criminelles et condampnees a mort, les biens desquelles sont confisques et escheus a la seignorie, ceulx qui sont adjuges a la prison perpetuelle, ceulx qui sont excommunies et mis en suspend, si long temps qu'ils y demoureront, vsuriers publics et ceulx qui sçachement viuent en mariage injuste et defendu, item les indiuis.

ehe sitzend, item auch die vn-
uertheilten.

[1]) D. h. testierfähig. [2]) Die einwirkenden Thatsachen entwickeln sich in der Weise, dass g nur erwähnt Vorhandensein ehelicher Leibeserben, die Zusammenteilung, die Verpflichtung gegen Ehefrauen, elterliche und vögtliche Gewalt; G und gG die Leibeigenschaft, die todte Hand, Pfrundgenuss und Verpflichtung gegen Dritte („die das ir niemand by lebendigem lyb vergabet"), T das Weitere hinzufügt oder präcisiert. Dass noch 1521 die Erfordernisse schwankten, entnehmen wir einer Notiz in S B 338, wonach der Satz von Testierfähigkeit verteilter Verwandter erst durch folgenden Ratsentscheid vom 21. August 1521 festgestellt werden musste: Vf beger Peter Joran an Peter Hofer, das er nach synem abgang sol syn erb syn, ist abgeraten, angesechen, das si teilen hand, so mag Peter Hofer vnd syn husfrouw fry syn (R. Man. 43). [3]) A f || [4]) F: Aber ein frouw vnd ein man, so nit eeliche kind hand, einander nach der statt recht selbs vnd on beredung einicher eetagen genommen vnd nach altem bruch einer den andern in allen synen gütern erbt, so mag si nit testieren on vorwüssen irs eemans. So aber ir eeman solichs erloupt, mag si testieren vnd mit irem gut tun nach irm willen. Aber der man mag wol on befrag syn frouwen testieren. Sturb aber einer vntestiert vor dem anderen, so erbt in der ander in allen synen gütern. Wo aber ein frouw, so nit eekinder (hat), vnd mit beredung eines eetags sich vereelichet, mag die wol testieren on nachteil des eetags, wan schon der man nit wolt verwilgen. Dan das stattrecht heiter vswyst, das die beid eeliche sich nach irm willen meinen mogind, vngehinderet des eetags. — g 156ª: Es bedunk ouch, das ein frouw, ob si schon ein man hat, jüngling oder tochter, so benogtet sind, vngefragt irs mans vnd vogts testieren, wan si fry sind, vnd souer es ouch ergange, wie ob gesagt ist von dem so testiert. — G 275ᵇ und gG 406: Ein eefrouw, wan si testieren wil vnd ir man anheimsch, ist billich das si [ir (man)] inne umb erloubnus ansuche. So ers aber nit bewilgen wölte oder der man nit anheimbsch were, so mag si nit dest minder kreftig testieren vnd ir testament kreftig syn, es sye dan sach, das si sich vf eetagen anderst gegen iren man verbunden hab, vnd deshalb wellen hiemit die meinung deren abgetan syn, die do meinen, das der eefrouwen testament on verwilgung des mans beschehen nit kraft haben sölte. [5]) Den Gegenfall regelt Art. 315. [6]) A D: verpfandete| [7]) C f | [8]) Dem Blinden, „der etwas hat vnd eines eerlichen namens ist, ouch gute sinnryche vernunft hat," gestattet G 281ª, gG 405 und t 95ª das Testament, „obwol die geschribnen rechten" es sehr beschränken, wozu Techtermann: quid ad nos, si non in vsu fuerit (jus scriptum) nec sit. gG 381

verlangt grundsätzlich zur Testierfähigkeit, „das der testator sinnrycher vernunft, wolbedacht, nit vnderwisen noch erpracticiert sye.“ Weitläuftiger gG 412. [9]) ADf| [10]) Az: verblyben oder. [11]) ADM: |geordnet| [12]) Cf[ ]

---

312. Nähere Bestimmungen: bei Zusammenteilung.

g 156b. G 273a. gG 393. 408. t 100b. T 67a. tT 42b. A 98b. C. 183. D 42b. M 85b.

Welche vertheilt vnd welche vnuertheilt heissen. Vnuertheilt werden gehalten diejenigen, die by ihrem vatter, mutter, bruder, schwester, schwager oder andern fründen vnd erbgenossen nit getheilt habend, die an einem mus vnd brod mit feüer vnd liecht sitzend, ligende vnd vahrende güter, gewinn vnd verlust gmein habind, die nach gemachter theilung ihr gut wider yngeschossen oder ihr theil zusammen nemmend vnd mit einanderen in gemein besitzend, nutzend vnd niessend vnd desselbigen härnach kein theilung machend, wann si schon alle oder nur etliche mit vnd in der hushaltung gesündert |lebend| [1]) vnd sind vnd die einanderen nit quittiert. Die mögend nit testieren vmb die güter, die si also in gemein besitzend, dann mit nachlass ihrer mittheileren, si habind dann [2]) vf ehetagen oder vf andere weg [3]) andere geding ihrer gemeinen gütern vnd hushaltung halb vnder ihnen beredt vnd angenommen.

Lesquels sont appelles indiuis et non detroncques. Indiuis sont reputes ceulx lesquels n'ont partage auecq pere et mere, leurs freres, sœurs, beaufreres et aultres parents et coheritiers, qui viuent en vng pain et farine, ayant vng mesme feu et lumiere, qui ont leurs meubles et immeubles, perte et proufit commung, et ceulx lesquels apres partage faict refoncent et remeslent ou bien prennent et tirent leurs parts, les jouissent et possedent par ensemble sans en faire par apres aultre partage, encourre que par leur demourage ils soyent et s'entretiennent tous ou en partie separes, item ceulx qui ne se sont entrequittes. Iceulx ne peuluent tester et disposer des biens qu'ils possedent ainsi par indiuis, sinon par le consentement de leurs condiuiseurs, si ce n'est qu'ils eussent designe et arreste aultres conditions touchant leurs biens commungs et le gouuernement d'iceulx, soit par contract de mariage ou aultrement.

[1]) C: |habend| [2]) g: oder wan er ein gotsgab oder (der) statt ein gab tun wil, so mag er es ouch tun. Daran knüpft g die Frage: ob ouch einer in vnuerteilten güetern gesessen, so er kinder verlasst, eins oder meer, die er vsgestürt hette, dieselben moge ze erben

setzen in synem teil oder nit oder ob er testieren moge oder ob die kinder by irer vsstürung blyben müessen vnd das gut den vnuerteilten geschwisterden blyben solle oder nit? Darauf die Antwort: Zwo erklerungen vf disen artikel sind geben worden. Die erste, das er nit testieren moge, sonder die vnuerteilten geschwisterden ine erben sollind vnd syne quittierten kind nit. Die andere aber ist, das wo einer kein andere kind hat dan die vsgestüret, moge er testieren vnd die kind ine erben mit andern vnuerteilten geschwisterden. Nota das alweg des abgangnen bruders kind an statt irs vatters tretten sollind. [3]) G: es were von der gesünderten hushaltung oder der varenden oder anderer sachen wegen, die si inen zu einer fryheit hettind angesechen, vorbehalten der kleideren oder kleinötteren halb, die dan ein jedes nach synem gual len mag vergaben.

313. Nähere Bestimmungen: bei Minderjährigen.

G 280ᵃ. gG 411. t 101ᵃ. T 67ᵇ. tT 42ᵇ. A 99ᵃ. C 184. D 42ᵇ. M 86ᵃ.

E x c e p t i o n e t l i c h e r m i n d e r j ä h r i g e r p e r s o n e n. Vnderjährige mögend testieren allein [1]) wann die oberkeit ihnen solches zulasst, welches geschehen mag vs ansehnlichen vrsachen des verstands oder wann si darunder mit bewilligung der elteren, vögten vnd fründen verehelichet sind vnd den kilchgang gehalten habend.

Exception de quelques personnes en minorite d'eage. Les mineurs d'eage peuluent seulement tester quand le magistrat le leur permet, ce que se peult faire pour raisons euidentes de l'entendement ou bien quand iceulx en minorite d'eage par consentement de leur pere et mere, tuteurs et parents se sont maries et ont celebre leurs nopces.

[1]) G verlangt, dass sie „das alter volkomenlich erlangt habind vnzit vf den letsten tag. Do mogend si testieren, wan si die not dahin tringen wurde."

314. Nähere Bestimmungen: bei Bevogteten.

F 47ᵃ. g 156ᵇ. G 276ᵃ. gG 416. t 101ᵃ. T 67ᵇ. tT 42ᵇ. C 184. D 42ᵇ. M 86ᵃ.

E x c e p t i o n d e r b e u ö g t e t e n. Wann ein beuögtete person ihr gebührlich alter [1]) erreicht vnd mit keinem der obgeschribnen gebrechen oder mänglen behaft ist, [2]) die mag frylich testieren, obschon der vogt daryn nit bewilligen will. [3])

Exception de ceulx qui sont en tutelle. Vne personne qui est en tutelle ayant atteinct l'eage competant sans auoir aulcung des susdicts defaults et manquements, peult librement tester encourre que son tuteur n'y vouldroit consentir. Toutefois

Doch soll der vogt nit desto weniger, wann er anheimbsch ist, befragt vnd vmb syn consens ersucht werden, er ouch denselbigen nit versagen noch abschlagen.

le tuteur estant au lieu deburat estre recherche de son consentement, lequel aussi il ne debura refuser.

[1]) F: 14 (corr. in 15) iar volkomenlich, sye wyb oder man. g: sye mans- oder wybsstamm, so das funfzehenjerig (corr. 18, so es ein frouw, 16) alter vngeuar erreicht vnd . . . ouch nit beuogtet ist, mag irs fryen willens testieren. [2]) g: so der torheit, vnsinnigkeit oder vnuernunft nit verargweniget. G 280ᵇ. . . . ouch die von fründen sind geuangen. [3]) Einfach so G. Unsre Fassung aus t, T und t T. Dagegen F: Wo er aber syn bewilgung nit daryn geben oder syn bewilgung mit geuerden vfzüchet oder nit anheimbsch oder der testierer vslendig, so mag er nit dest minder testieren on verwilgung des vogts. — g: Ist aber einer des alters beuogtet, sol er mit nachlass des vogtes solichs tun vnd der vogt ime des nit vor syn oder er, der testierer, sich ee von der herschaft des fryen. Wo aber der vogt oder vormunt das verhindern welte, vnd nit eehaft vrsach des möchte erzeigen, mag einer des vngehindert wol testieren. — gG: obwol syn vogt daryn nit bewilgen wil, den er doch schuldig ist zebefragen, so er by hus ist vnd ers ouch zeuerwilgen etc. (sic).

315. Nähere Bestimmungen: trotz Zusammenteilung.

G 280ᵃ. gG 408—410. t 101ᵃ. T 67ᵇ. tT 42ᵇ. A 99ᵃ. C 185. D 42ᵇ. M 86ᵃ.

Exception etlicher vnuertheilten. Sind vnuertheilte vereelichet, so sind si nach der eheluten recht gefryet ihrer ehestür vnd heüratguts, auch empfangener gabungen halb, vnd was si in fürsten- vnd herren- |oder anderem|[1]) dienst überkommen nach ihrem willen zetestieren. — Wann vnuertheilte mit ihrer spys vnd trank gesünderet sind vnd sich mit ihrer mühe vnd arbeit erhalten, spysen vnd erneren müssend ohne ihrer mittheileren hilf, so mögend si vs dem, so si in söllicher zyt der sün-

Exception de quelques indiuis. Les indiuis maries scelon le droict des maries sont authorises de tester a leur plaisir de leurs constitutions et biens dotaulx comme aussi des donations receues et de ce qu'ils auroient acquereu au seruice de quelque seigneur et prince ou d'aultrui. — Quand les indiuis sont separes de cheuance et qu'ils s'entretiennent et nourrissent de leur peine et labeur sans l'aide de leurs condiuiseurs, ils peuluent tester de ce qu'ils auroient gagne et acquereu durant le temps de leur separation, mais non pas des

derung vberkommen vnd |verspart,|[2]) testieren, aber nit vs den vnuertheilten güteren, die zetheilen sind, dann allein mit gunst ihrer mitgnossen oder mittheileren. — Wann ein theilung zwischen vnuertheilten erbgnossen angeuangen vnd gemacht ist bis an ein oder mehr ligende stuck vnd die mittheiler sich vereinbaret vnd verglychet, solliche stuck in gemein zebesitzen vnd allein die nutzung oder raub daruon zetheilen, ihrer angeuangenen theilung ohne schaden, in solchem val mag ein jeder mit oder vmb synen theil testieren, thun vnd vergaben, wie er will, als wann die theilung vollenzogen wäre. Vnd soll die vnuertheilung si nit irren noch verhinderen zetestieren.[3]) — Wann auch andere geding vnder den mittheileren ihrer gemeinen güteren vnd hushaltung halb, si vf eetagen oder in andere weg, beredt[4]) vnd angenommen worden, die ihnen gewalt vnd macht gebend zetestieren, |so mögend si vermög derselbigen auch testieren|[5]) vnd[6]) vergaben.

biens indiuis qui sont a partager, si non par le vouloir et consentement de leurs associes et condiuiseurs. — Quand vng partage est commence et faict entre des coheritiers indiuis jusqu'a vne ou plusieurs pieces immeubles et que les condiuiseurs se seroient entraccordes de posseder telles pieces en commung et d'en partager seulement les fleuries et jouissance sans prejudice de leur partage encommence, en tel cas vng chascung pourra tester, faire, leguer et disposer de sa rate part a son plaisir tout de mesme comme si le partage estoit acheue. Et l'indiuision ne les pourrat empescher ou nuire pour tester. — Quand aussi entre les condiuiseurs sont acceptees aultres conditions de leurs biens commungs et menasge soit en contrahant mariage ou aultrement, par quelles ils sont authorises a tester, en tels cas ils pourront au contenu d'icelles leguer et faire testament.

[1]) Cf | [2]) ACDM: 'erspart [3]) Vgl. Art. 426, 438. [4]) Cz: vnd beschlossen. [5]) Cf | [6]) Cz: zu.

---

316. Nähere Bestimmungen: bei Kindern in der elterlichen Gewalt.

g 172a. G 279a. gG 396. 506. t 96b. T 68a. tT 43a. A 99b. C 186. D 43a. M 86b.

Exception zu gunst der kinden, die in ihrer elteren hut sind. Kind, die noch in ihrer eltern gewalt vnd hut

Exception en faueur des enfants qui sont en la puissance des peres et meres. Les enfants qui sont encourre en la puissance et

sind, in einer hushaltung, mus vnd brod, vereelichet oder nit, mögend der gütern halb, die si vsser dem hus in kriegen, diensten oder anderst[1]) ohne hilf ihrer elteren v̈berkommen oder vs dem das ihnen von anderen vergabet[2]) vnd geschenket worden, was si ererbt vnd vnder ihrem gewalt habend[3]) vnd ihr heüratgut ist, frylich testieren.

garde de leurs peres et meres en vng menasge, pain et farine, soyent maries ou non, iceulx peuluent librement tester des biens acquereus hors de la maison es guerres, seruices et aultre part ou bien de ce que leur auroit este legue et donne par d'aultres ou qu'ils auroient herite et qui seroit de leur puissance ou de leur constitution et dot.

[1]) gG: anderlich. g: der sun sye dan doctor oder ritter worden, so mag er dan der gütern halb, so er mit syner kunst vnd wissenschaft gewunnen, frylich testieren vnd vergaben. [2]) gG: 396: gelobet. [3]) gG: (Eelüt) mogend gabungen tun vs dem so si zesamen gebracht, gewunnen vnd erspart haben werdend oder vs dem das inen von anderen vergabet worden ist vnd vs dem so si nacher ererbt vnd si vnder irem gwalt habend.

317. Nähere Bestimmungen: von Eheleuten bei unverteiltem Gut.

F 46ᵇ. G 277ᵃ. gG 397. 410. 506. t 91ᵇ. T 68ᵃ. tT 43ᵃ. A 100ᵃ. C 186. D 43ᵃ. M 87ᵃ.

E x c e p t i o n v n d v o r b e h a l t d e r v n u e r t h e i l t e n e e l ü t e n h a l b. Sitzend eelüt in vnuertheiltem gut mit andern mittheileren, so söllend si nit testieren ohne der anderen zulass, allein mögend si ab ihrem erbtheil etliche gotsgaben thun ihren seelen zu trost. Aber vs ihrer eigenen vahrhab mögend si wohl vergaben, als gold, gelt, kleider vnd kleinötter, wahin si wöllend. Ehelüt mögend einanderen vnd gegen einanderen vs ihrem habenden gut ihren widerual[1]) oder die morgengab,[2]) auch die ehesteür mehren vnd vergaben ohne yntrag ihrer vnuertheilten vatters, mutter vnd geschwisterden.[3])

Exception des maries indiuis. Quand gens maries possedent des biens par indiuis auecq d'aultres condiuiseurs, ils ne peuluent tester sans la permission des aultres. Toutefois ils pourront faire quelques legats pieux de leur portion pour le soulagement de leurs ames. Mais de leurs propres meubles, comme or, argent, habits et joyaulx, ils en pourront leguer ou bon leur semblera. Les maries se peuluent aussi leguer mutuellement des biens qu'ils ont de leur augmentement et donation ou bien augmenter le dot et constitution sans empeschement de leurs condiuiseurs comme de peres, meres, freres et sœurs.

[1]) Vgl. Art. 298. [2]) Von der Morgengabe sprechen gG 378 und t 91[b]. T und die folgenden Fassungen lassen aber diesen Abschnitt weg. gG und t sagen hierüber: Obschon der morgengaben der eelüten recht by vns vngebrüchlich, sonder würd die brut allein mit kram vnd kleinotten vereert, jede nach irem stand, hat vns nit von nöten bedunkt, einiche ordnung darumb zesetzen, dan allein das wir es by gedachtem vnserm bruch blyben lassen, jedem der sich verheüratet, heimsetzende, syner brut ein morgengab zetund oder nit. Was ir aber würd des vals versprochen, das sol iren ouch angeends geben werden zum widerual. Vnd doch so einer desselben vernere vnderricht begert zehaben, der sol im buch des land- vnd lehenrechtens lesen fol. etc. (Schwabensp. [Lassb.] 18, 26, 147.) [3]) Vgl. Art. 315.

An dieser Stelle ist in manchen Exemplaren Art. 426 eingefügt.

(Fortsetzung folgt im nächsten Bande.)

Essai d'interprétation du Titre III de la loi fédérale du 25 juin 1891.

Des rapports de droit civil des étrangers en Suisse.

Mémoire couronné par l'Université de Genève en 1897. (Prix Bellot.)

Par PAUL DES GOUTTES, Dr. en droit, à GENÈVE.

Préface.

La petite étude qui va suivre, et que nous avons présentée en 1896 à l'Université de Genève en vue de concourir pour le prix Bellot, n'a aucune prétention scientifique; si elle a quelque intérêt ou quelque utilité, ce n'est guère qu'au point de vue de la pratique qu'elle pourrait être appelée à rendre quelques légers services.

Au surplus, nous avons été tenté, en entreprenant l'examen du Titre III de la loi fédérale du 25 juin 1891 sur *les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour*, d'essayer de complèter sur un point notre thèse de doctorat, dont l'objet était le Titre I.[1]) Dans la préface de cette dernière nous avons cherché à légitimer la séparation du Titre I d'avec les deux autres; il nous paraît également que le Titre III peut être traité à part, sans que le Titre II doive nécessairement être approfondi; car, en l'absence de traités, le législateur suisse est libre de prescrire l'application aux étrangers soit du droit étranger soit du droit suisse, tandis qu'il ne peut pas le faire pour les Suisses à l'étranger. Sans doute, pour que l'étude de la situation des étrangers en Suisse fût complète, elle devrait comprendre celle des traités internationaux

---

[1]) *Paul Des Gouttes*, Dr. en droit, avocat. Les rapports de droit civil des Suisses établis ou en séjour en Suisse. Essai d'interprétation et de critique de la loi fédérale du 25 juin 1891. Thèse de doctorat. Genève 1892. Librairie Stapelmohr. 314 pages.

conclus entre la Suisse et d'autres Etats. Mais l'interprétation d'un seul de ces traités fournirait matière à une copieuse dissertation; de plus, le nombre de ces conventions fixant la législation applicable aux ressortissants de l'un des Etats signataires, domiciliés sur le territoire de l'autre, est encore fort restreint. Il se présentera de nombreux cas où, en l'absence de tout traité, la législation fédérale sera appelée à faire souverainement règle. C'est pour les cas de ce genre que nous avons essayé l'interprétation du Titre III, et c'est exclusivement dans l'hypothèse de l'absence de traité que nous avons raisonné. Cette supposition devait du reste s'imposer à tout commentateur du Titre III, puisque celui-ci n'est applicable aux étrangers que sous réserve des dispositions des traités.

Quand il s'agissait des Suisses établis en Suisse (Titre I de la loi), il était possible de donner un aperçu des diverses législations cantonales, et nous l'avons essayé dans notre thèse. Pour les étrangers (Titre III), il était inutile de songer à renouveler cette tentative; une étude des législations étrangères, même très sommaire, eût beaucoup dépassé les limites que nous voulions donner à notre travail.

Nous n'avons envisagé celui-ci que comme un complément de notre première étude, étant donnée l'analogie qu'il y avait, au point de vue du domicile, entre la situation des Suisses établis et celle des étrangers en Suisse. Nous nous sommes cru autorisé, en conséquence, à ne point répéter tout ce qui avait été dit pour les Suisses établis et pouvait être redit pour les étrangers, renvoyant ainsi à notre dissertation pour toute interprétation d'article qui n'appellerait pas de considérations spéciales aux étrangers. Nous nous y référons donc toujours implicitement, quelquefois expressément, et, en général, par une simple indication de la page à côté du mot „thèse.“ Ce procédé a sans doute l'inconvénient de l'ennui qui résulte toujours d'un renvoi; mais la répétition de choses déjà dites eût été plus fastidieuse encore; elle eût en outre allongé considérablement ce second essai sans ajouter à sa valeur. C'est pour une raison analogue que nous nous sommes borné, à quelques exceptions près, à l'interprétation, sans essayer de

la critique, malgré les différences qu'il pouvait y avoir dans certains cas entre le point de vue intercantonal et le point de vue international. D'ailleurs, le législateur ayant eu principalement en vue les Suisses établis, faire, en considération des relations internationales, la critique des dispositions de la loi n'eût pas été absolument équitable.

Quelques années s'étant écoulées depuis l'entrée en vigueur de la loi, la jurisprudence des tribunaux a eu le temps de se formuler sur quelques points particuliers. Nous y avons trouvé une facilité qui nous avait été complètement refusée pour notre étude du Titre I, car la publication de celle-ci n'avait suivi que de quelques mois l'entrée en vigueur de la loi. Nous avons pu ainsi appuyer notre interprétation du Titre III sur quelques décisions judiciaires, qui constituent d'importants précédents pour l'avenir.

Nous repoussons bien loin de nous la prétention d'avoir proposé des solutions irréprochables; bien au contraire, nous devons reconnaître que dans plus d'un cas l'avis opposé au nôtre pouvait être soutenu par de bons arguments. Ces solutions — nous sommes le premier à l'avouer — n'ont que la valeur qu'elles peuvent avoir, c'est-à-dire celle d'une opinion personnelle et d'une appréciation individuelle. Si cependant nous apprenons un jour que l'une d'elles a été adoptée par quelque tribunal, nous serons heureux si en la suggérant nous avons pu, si peu que ce soit, faciliter la tâche de ceux qui sont chargés d'appliquer la loi.

Chapitre I.

Historique de la confection de ce Titre.

1. La loi fédérale du 25 juin 1891 a, comme on sait, passé par une longue série de travaux préparatoires, de projets divers et de délibérations successives avant de revêtir la forme définitive sous laquelle elle a été enfin acceptée par les Chambres fédérales.

Ayant étudié ces préliminaires en détail dans notre thèse, nous n'y reviendrons, suivant notre règle générale, que pour

autant que nous en pourrons tirer quelque conclusion intéressante pour l'étude du Titre III.

2. Une remarque qui se dégage d'emblée de l'examen du *premier projet* du Conseil fédéral, celui du 28 novembre 1862, c'est qu'il ne contient aucune disposition sur les étrangers. Fidèle à son titre, il ne renfermait que des dispositions tendant à fixer „la compétence des Cantons à l'égard des Suisses établis sur leur territoire."

3. *Le second projet*, celui du 25 octobre 1876, en revanche, et malgré son titre de „Projet de la loi sur les rapports de droit civil des *Suisses* établis ou en séjour," soumettait par un seul article les étrangers aux mêmes dispositions que les Suisses, sous réserve des traités internationaux. Le message qui accompagnait ce projet du Conseil fédéral, rédigé par M. Anderwert, est très bref sur la raison d'être de cette extension, dont la portée considérable semble lui échapper en partie. Il se contente de justifier l'application de la législation du domicile aux étrangers en s'appuyant sur l'exemple de la plupart des législations étrangères, et en faisant valoir l'impossibilité qu'il y aurait à imposer au juge suisse la connaissance des lois des autres pays. Il fait cependant une réserve, et déclare que le droit suisse ne sera appliqué qu'autant que les autorités judiciaires pourront assurer l'exécution de leurs jugements.

L'art. 15 du projet de 1876, qui a donc servi de prototype à l'art. 32 actuel, était ainsi conçu: „Les dispositions de la présente loi sont applicables aux étrangers domiciliés en Suisse, sauf stipulations contraires des traités."

Délibérant sur ce projet, le Conseil national, le 18 décembre 1876, décida de retrancher cet article 15. Celui-ci ne figurait donc plus dans la loi telle qu'elle sortit de la délibération des Chambres article par article, et qu'elle fut rejetée, dans son ensemble, par le vote du Conseil national du 9 décembre 1879. Elle fut alors renvoyée au Conseil fédéral en vue de l'élaboration d'un nouveau projet.

4. Dans son message du 28 mai 1887, introduisant devant les Chambres le *troisième projet*, rédigé par MM. Ruchonnet et Leo Weber, le Conseil fédéral rappelle que l'extension des pres-

criptions de la loi aux étrangers domiciliés en Suisse avait soulevé des discussions dans le sein des Conseils de la Confédération. Il estime que si, d'après l'esprit des art. 46 et 47 de la Constitution fédérale sur lesquels est basée la loi projetée, les dispositions de celle-ci ne doivent être appliquées qu'aux Suisses domiciliés hors de leur canton d'origine, néanmoins la compétence de la Confédération pour régler des rapports internationaux ne saurait lui être contestée, et en outre que des raisons d'opportunité militent fortement en faveur de cette extension de la loi.

Ayant ainsi justifié l'introduction dans le projet de loi de prescriptions relatives aux étrangers, le Conseil fédéral leur consacre trois articles de son projet:

L'art. 23 dispose que: „Sauf stipulations contraires des „traités et sous réserve de ce qui est dit aux art. 24, 25 et „suivants, les dispositions de la présente loi sont applicables „aux étrangers qui demeurent en Suisse."

Les art. 24 et 25 contiennent, le premier, une réserve de l'art. 10, alinéas 2 et 3, de la loi fédérale sur la capacité civile, qui restait applicable aux étrangers, le second, une règle chargeant l'autorité du domicile de placer un étranger sous tutelle, sauf à remettre la gestion de celle-ci à l'autorité d'origine sur sa demande.

5. La Commission du Conseil national désignée pour étudier ce projet approuva, dans ses séances des 26 et 27 avril 1888, les dispositions ci-dessus. MM. Forrer et Jolissaint, qui rapportèrent en son nom (12 et 14 juin 1888), ne traitent ce sujet qu'en quelques lignes.

Dans sa séance du 19 juin 1888 le Conseil national adopta, sous la rubrique „Situation des étrangers en Suisse," un art. 21, qu'il maintint le 13 juin 1890, et qui avait la teneur suivante: „Sauf stipulations contraires des traités, les disposi„tions de la présente loi, à l'exception de l'art. 7 [1]) et sous

[1]) L'art. 7 était ainsi conçu: „Les questions qui touchent aux rapports „de famille, abstraction faite de ceux que règle la loi fédérale sur l'état-civil „et le mariage, sont soumises à la législation du domicile. Cette règle s'appli„que notamment aux questions relatives à la naissance légitime ou illégitime, „à la reconnaissance ou à l'adjudication des enfants naturels et à l'adoption."

„réserve de l'art. 22, sont applicables, par analogie, aux étran„gers qui demeurent en Suisse. La tutelle doit être trans„mise, sur sa demande à l'autorité du lieu d'origine.“ —

L'art. 22 réservait l'application aux étrangers de l'art. 10 de la loi fédérale sur la capacité civile.

La Commission du Conseil des Etats, par l'organe de M. Eggli (rapport du 14 juin 1889), fut plus brève encore que celle du Conseil national, et proposa simplement en cette matière l'adhésion au Conseil national.

Les 21 juin 1889 et 2 décembre 1890, le Conseil des Etats vota la rédaction suivante: Art. 24. „Sauf stipulations con„traires des traités, les dispositions de la présente loi, sous „réserve de la disposition de l'art 25, sont applicables par ana„logie aux étrangers qui demeurent en Suisse. La tutelle „doit être transmise, sur sa demande, à l'autorité du lieu „d'origine, à condition que l'Etat étranger accorde la réci„procité.“

L'art. 25 était identique à l'art. 22 du Conseil national.

Arrêtées par des divergences portant principalement sur la réglementation du régime matrimonial, les Chambres se virent forcées de suspendre leurs délibérations pendant une année.

Grâce aux efforts des deux Commissions, réunies pour arriver à une entente, les Chambres se résolurent à voter, le 10 et 17 avril 1891, le compromis élaboré par leurs Commissions, et chargèrent le Conseil fédéral de reviser le texte des décisions prises et de présenter un rapport sur la portée de la loi. Les art. 28 et 29 de ces décisions des deux Chambres étaient purement et simplement les art. 24 et 25 votés en dernier lieu par le Conseil des Etats.

6. C'est en exécution de cette mission que le Conseil fédéral présenta le 8 juin 1891 un *quatrième et dernier projet*, dont les bases restaient les mêmes et qui fut voté par les Chambres, sans discussion nouvelle, les 23 et 25 juin 1891.

M. le Dr. P. Wolf, dans une étude publiée dans la „Zeitschrift für Schweizerisches Recht“ (Neue Folge XIII) refuse toute valeur aux travaux préparatoires de la loi pour des

raisons générales d'abord, puis pour le motif spécial[1]) que le Conseil fédéral, chargé d'améliorer la rédaction des décisions prises par les Chambres les 10 et 17 avril 1891, a introduit des changements importants dans le texte et a modifié ainsi non seulement la forme mais aussi le fond de la loi.

Cette remarque peut être juste pour certaines parties de la loi, mais elle ne l'est certainement pas pour celle qui nous occupe.

Le Titre III de la loi actuelle renferme en effet les trois articles suivants:

Art. 32. *Les dispositions de la présente loi sont applicables, par analogie, aux étrangers domiciliés en Suisse.*

Art. 33. *La tutelle constituée en Suisse pour un étranger doit être remise à l'autorité compétente du lieu d'origine, sur la demande de celle-ci, à condition que l'état étranger accorde la réciprocité.*

Art. 34. *Sont réservées les dispositions spéciales des traités et l'article 10, alinéas 2 et 3, de la loi fédérale sur la capacité civile, du 22 juin 1881.*

On le voit, le Conseil fédéral s'est borné, pour ce titre, à dégager l'article principal des réserves qui l'encombraient et à les formuler dans un article spécial (art. 34); il mettait ainsi en relief, mais sans même changer les termes de la décision des Chambres, la règle fondamentale contenue à l'article 32. Seule l'expression „étrangers qui demeurent en Suisse“ est remplacée par celle d'„étrangers domiciliés en Suisse“ qui est plus précise et plus en harmonie avec le reste de la loi basée sur la notion du domicile.

De même l'art. 33 ne constitue qu'une rédaction plus explicite de la dernière phrase de l'art. 28 voté les 10 et 17 avril 1891; ses premiers mots „la tutelle *constituée en Suisse pour un étranger*“ ne sont que l'application aux étrangers de la règle, énoncée dans l'art. 11 voté par les Chambres, d'après laquelle l'autorité du domicile est tenue d'*établir* la tutelle.

[1]) Nr. 54 de son ouvrage.

Nous ne pouvons donc pas suivre M. Wolf dans le mépris complet qu'il affecte, au point de vue de l'interprétation de la loi, pour les phases d'élaboration successives et d'ailleurs peu caractérisées par lesquelles ont passé les trois articles qui composent le Titre III actuel.

7. La question de l'extension de la loi aux étrangers peut s'examiner au point de vue de la compétence de l'Assemblée fédérale, et à celui de l'opportunité de cette mesure législative.

a) Au point de vue de la *compétence*, les Chambres avaient-elles de par la Constitution le droit de légiférer sur les étrangers?

M. Rott, dans un rapport présenté à la Société des Juristes suisses en 1884 [1]) a soutenu la négative. Les art. 46 et 47 de la Constitution fédérale sont la seule base, dit-il en substance, sur laquelle l'Assemblée fédérale pouvait fonder sa compétence; or, d'abord, ces articles n'ont été insérés qu'à la suite de conflits de législations *entre cantons*, et ils n'avaient pour but que de permettre l'élaboration d'une loi qui les résolve; puis, ils sont étroitement liés aux dispositions précédentes qui ont pour objet les droits politiques et ne s'appliquent par conséquent qu'aux *Suisses* établis ou en séjour. Enfin surtout, l'art. 47 ne parle que de „Suisses en séjour“ et étant inséparable de l'art. 46 qu'il ne fait que compléter, il exclut toute réglementation de la condition juridique des étrangers; les cantons sont souverains partout où la Constitution fédérale n'entame pas leur souveraineté au profit du pouvoir central, et leur dicter une règle quant à l'application de leurs lois aux étrangers serait empiéter sur leur souveraineté.

Nous avons vu que, partageant cette manière de voir, le Conseil national avait, en 1876, refusé d'insérer dans la loi une disposition concernant les étrangers. Mais dès 1888 il revenait sur sa première décision et acceptait les propositions du Conseil fédéral relatives à cet objet. Et c'est précisément le rapporteur de sa commission, M. Forrer, qui s'applique, le 12 juin 1888, à justifier en quelques mots, la compétence

[1]) Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1884, p. 654.

de la Confédération. Selon lui, elle ne fait pas de doute. En principe d'abord, la Confédération qui a le droit de conclure des traités internationaux doit avoir celui de légiférer sur les étrangers domiciliés sur son territoire, si la Constitution ne l'en prive pas expressément. Or, bien au contraire, l'art. 46 mentionne d'une manière tout à fait générale „les *personnes* établies en Suisse.“ En outre, un argument bien propre à démontrer que ces termes larges et compréhensifs n'ont pas été introduits fortuitement ou à la légère, c'est que le projet de revision constitutionnelle du 5 mars 1872 portait les mots „Suisses établis,“ et que ceux-ci furent remplacés dans la Constitution du 19 avril 1874 par les termes actuels „personnes établies.“ On a donc volontairement supprimé la limitation aux Suisses de la réglementation prévue à l'art. 46, et il est vraisemblable de dire que le terme „personnes“ a été introduit en remplacement de celui de „Suisses,“ afin de permettre l'application, en principe, de la législation et de la juridiction du domicile aux étrangers.

M. Rott semble n'avoir pas réfléchi que l'argumentation, très ingénieuse d'ailleurs, qu'il tire de l'art. 47, pourrait aussi bien se retourner en sens inverse, et que de la généralité des termes employés dans l'art. 46 on pourrait conclure, en raison même de l'étroit lien qui unit, selon lui, les deux art. 46 et 47, à l'extension aux étrangers, abstraction faite de ce qui concerne les droits politiques, des dispositions contenues à l'art. 47.

Mais ce qui nous paraît plus simple et plus logique, c'est de considérer ces deux articles chacun pour lui-même. L'art. 47 traitant à la fois des droits politiques et des droits civils ne pouvait viser que les Suisses; de là les termes dans lesquels il est conçu. L'art. 46 forme à lui seul un tout, et la règle qu'il pose est aussi bien applicable aux étrangers qu'aux Suisses; de là ses termes plus larges, qui autorisent cette extension.

En outre, il ne viendra à l'idée de personne de contester la compétence en vertu de laquelle la Confédération a introduit dans les lois fédérales sur l'état-civil, le mariage et le divorce de 1874 (art. 31, 37, 56), sur la capacité civile de

1881 (art. 10) etc. des dispositions touchant les étrangers, alors que la Constitution ne contenait à cet égard ni autorisation ni défense; l'Assemblée fédérale avait là plusieurs précédents sur lesquels elle pouvait s'appuyer à bon droit.

b) Au point de vue de *l'opportunité*, il y avait certainement avantage à trancher par une règle positive certains conflits qui pouvaient naître de l'incertitude du droit international. — Assurément les conventions entre Etats, qui garantissent aux ressortissants des deux puissances contractantes le traitement que chacune d'elles a admis pour eux, sont préférables; mais il ne saurait être interdit à la législation interne de jouer un rôle auxiliaire dans les cas non prévus par les traités existants, de suppléer ainsi à leur silence ou à leur absence totale, et de poser une règle fixe en attendant leur conclusion. Il est incontestablement utile, sous réserve des dispositions des traités, de tracer au juge une ligne de conduite, et de lui désigner les domaines où la législation nationale doit régir tous ceux qui sont domiciliés sur le territoire du pays et ceux où, au contraire, elle doit fléchir devant l'application de la loi du pays d'origine.

Ainsi l'extension aux étrangers de la loi fédérale sur les rapports de droit civil était, à notre avis, parfaitement compatible avec les termes de la Constitution, et elle était utile pour permettre au juge suisse de trancher les différends pour lesquels les traités ne fournissaient pas de solution.

Maintenant, le législateur a-t-il été bien inspiré en proclamant purement et simplement les dispositions de la loi applicables aux étrangers par analogie? C'est une question que la suite de cette étude nous permettra d'élucider.

Chapitre II.

Dispositions générales.

§ 1. Préliminaires.

8. Une question préalable qui se pose et dont nous avons cherché la solution dans notre thèse à propos de l'art. 39 de la loi (p. 302), est celle de savoir si le législateur, en choisis-

sant la loi d'origine pour tel rapport de droit civil, autorise ou non le renvoi à la loi du domicile que cette législation peut faire, ou vice-versa. En d'autres termes, puisqu'il s'agit d'étrangers, en soumettant les étrangers établis en Suisse à la loi du domicile le législateur entend-il qu'ils soient traités comme des nationaux, malgré l'application de leur loi d'origine que la législation du canton de leur domicile peut prescrire à leur égard; et en les soumettant à leur loi d'origine veut-il qu'ils soient traités, quelles que soient les dispositions de droit international de cette loi, comme s'ils étaient domiciliés dans leur pays d'origine?

Comme précédemment nous répondrons affirmativement à cette double question, contrairement à l'avis de M. Wolf (*op. cit.*). — Nous estimons que le législateur a voulu émettre des prescriptions uniformes pour les personnes établies, et que, lorsqu'il soumettait les étrangers à la loi du domicile il entendait qu'ils seraient assimilés aux ressortissants du canton, de même que lorsqu'il déclarait qu'ils seraient régis par leur loi d'origine il entendait qu'ils seraient traités comme leurs compatriotes restés dans leur pays.

D'une part, en effet, l'argument que nous tirions de la clause abrogatoire de l'art. 39 peut nous servir encore pour une partie de la double question qui se pose; car les dispositions contraires des lois cantonales que l'art. 39 déclare abrogées sont celles qui proclament le principe de nationalité applicable aux étrangers dans le domaine juridique où notre loi les soumet au contraire au principe de territorialité. D'autre part, pour l'autre partie de la question, nous nous appuyons sur un arrêt du Tribunal fédéral du 6 avril 1894 [1]) qui déclare, en application de la loi fédérale sur la capacité, article 10 — (à propos duquel la question pouvait se poser également) — que „la volonté du législateur a été de trancher la question d'une manière définitive *sans considérer si „le droit du pays étranger suit ou non ses ressortissants au lieu „de leur domicile.*"

[1]) Fischel contre Dr Codman, *Semaine judiciaire 1894*, p. 405.

Nous sommes donc fondé, croyons-nous, à appliquer cette jurisprudence à la loi qui nous occupe et à faire abstraction des dispositions de droit international que peuvent contenir les législations tant cantonales qu'étrangères, déclarées applicables à tel rapport juridique.

C'est ce que nous ferons au cours de notre étude.

9. La règle fondamentale qui domine tout le Titre III est, nous l'avons dit, l'application, par analogie, aux étrangers domiciliés en Suisse des dispositions de la loi.

Nous avons vu que cette règle avait été déjà introduite, à peu près dans sa teneur actuelle, dans le projet du Conseil fédéral du 25 octobre 1876, et reprise dans celui du 28 mai 1887. Le Conseil national y avait intercalé le 19 juin 1888, sur la proposition de sa Commission, les mots „par analogie" qui ont été reproduits dans tous les projets subséquents. Dans quel but l'a-t-il fait? Etait-ce pour donner plus d'élasticité à la règle? — La loi fédérale ne faisant que désigner laquelle des deux lois en présence, celle du domicile ou celle de l'origine, serait applicable à tel rapport de droit civil, l'application aux étrangers des dispositions de la loi signifiait simplement que là où la législation du domicile devrait régir les Suisses, elle devrait régir aussi les étrangers, et que dans les cas où les Suisses seraient soumis à la loi de leur canton d'origine, les étrangers devraient également être soumis à la législation de leur pays d'origine.

Cette règle ne peut guère, nous semble-t-il, être comprise autrement, et nous ne voyons pas quel sens nouveau ou supplémentaire les mots „par analogie" peuvent bien lui ajouter. En les introduisant dans le texte de l'article, le Conseil national a probablement voulu indiquer simplement que les règles posées avaient été formulées par le législateur pour les Suisses seuls sans qu'il ait eu en vue les étrangers, mais que rien ne s'opposait à ce que, mutatis mutandis, elles fussent appliquées par extension aux étrangers.

Dans le texte allemand ces mots sont rendus par l'adjectif „entsprechend," dont la signification la plus littérale est „correspondant." Il a été introduit en même temps que

les mots „par analogie“ du texte français. La rédaction du Conseil fédéral de 1887 contenait simplement „Anwendung;“ ce mot a été remplacé en 1888 par les termes „entsprechende Anwendung,“ proposés par la Commission du Conseil national. Cette adjonction ne nous paraît pas plus qu'en français apporter un élément nouveau à la règle posée pour les étrangers.

10. Il s'agit maintenant de voir comment les dispositions de la loi peuvent être appliquées aux étrangers, et comment doivent se résoudre, à la lumière de cette seule règle générale, les difficultés diverses que cette application soulève, et dont le législateur ne semble pas s'être entièrement rendu compte en négligeant d'approfondir et de formuler les conséquences du principe posé.

M. Wolf (*op. cit.*) procède à cet examen en distinguant nettement l'un de l'autre les Titres I et II, étant donné, dit-il, qu'ils contiennent des prescriptions inconciliables entre lesquelles il faut nécessairement choisir; il passe en revue leurs dispositions en les adaptant aux étrangers. Il échaffaude ainsi deux systèmes complets, différant l'un de l'autre, et, après une étude comparative du mérite de chacun, donne la préférence au Titre II dont il déclare l'application aux étrangers beaucoup plus logique et plus rationnelle.

Nous croyons préférable de prendre successivement les différents domaines juridiques réglementés par la loi, d'examiner la solution que la loi nous fournit pour chacun d'eux, au moyen des articles qui peuvent s'adapter aux étrangers, et, dans le cas où elle en présenterait deux, de rechercher laquelle des deux paraît la meilleure. C'est le plan que nous allons nous efforcer de suivre. Sans doute l'adaptation de certains articles et l'élimination de quelques autres déclarés inapplicables pourra paraître arbitraire. Mais en face de l'élasticité et du vague de la règle générale posée à l'art. 32, nous sommes bien forcé d'aller un peu à tâtons.

Nous essaierons de formuler la rédaction la plus convenable pour chaque article, en vue de son adaptation aux étrangers.

Nous rappelons enfin que nous raisonnons toujours dans l'hypothèse de l'absence de traité international.

§ 2. Dispositions générales de la loi (art. 1, 2 et 28).

11. Les articles 1 et 2, dans le Titre I, prennent la teneur suivante:

Art. 1. ***Les dispositions en vigueur dans un canton sur le droit des personnes, le droit de famille et le droit successoral sont applicables aux étrangers qui y sont domiciliés dans les limites fixées par la présente loi.*** [1])

Art. 2, alinéa 1. ***Lorsque la présente loi ne réserve pas expressément la juridiction du pays d'origine, les étrangers sont soumis à celle du domicile en ce qui concerne les rapports de droit civil mentionnés à l'article 1er.***

La juridiction du pays d'origine n'étant pas toujours expressément réservée dans les cas où la législation du pays d'origine est applicable — ainsi, par exemple, au sujet de l'obligation alimentaire (art. 9, al. 2), du régime matrimonial entre époux (art. 19, al. 1), de la succession du testateur qui a choisi sa loi d'origine (art. 22, al. 2) — le juge suisse devra parfois appliquer la loi étrangère. — Tant qu'il ne s'agira que des lois des pays voisins, le juge pourra sans trop de peine se mettre au courant de leurs prescriptions en ces matières, de même qu'il est obligé, sur le terrain intercantonal, de connaître les législations des autres cantons; mais il n'en sera pas de même, et le juge se heurtera à des difficultés presque insurmontables, si les étrangers auxquels il devra faire application de leur loi d'origine sont des ressortissants de pays exotiques, à la législation bizarre, mal connue, peut-être à peine fixée.

Nous faisons cette remarque générale pour n'avoir pas à y revenir plus tard, tout en nous empressant d'ajouter que des cas de ce genre seront évidemment tout à fait exceptionnels.

Le juge suisse devra-t-il alors appliquer d'office le droit étranger, ou les parties devront-elles faire la preuve de ce droit? *L'alinéa 2 de l'art. 2* répond:

---

[1]) Nous imprimons en caractères mi-gras les mots que l'adaptation aux étrangers nous oblige à substituer aux termes propres de l'article.

Le juge est tenu d'appliquer d'office le droit d'un autre pays. Sont réservées les prescriptions cantonales concernant la preuve de l'existence d'un statut local ou d'une coutume.

Cet article distingue entre le droit civil émané de l'Etat, d'une part, que le juge est tenu d'appliquer d'office, et les prescriptions locales ou le droit coutumier, d'autre part, dont la preuve sera faite suivant les dispositions légales du canton dont la juridiction est compétente. Le juge suisse ne sera donc appelé à faire application d'office que du droit étranger officiel et non des coutumes ou prescriptions locales qui pourraient exister dans le pays étranger; si ces dernières constituent tout ou partie de la législation du pays dont l'étranger est ressortissant, la preuve de leur existence pourra être exigée conformément aux prescriptions cantonales.

Cette restriction pourra atténuer quelquefois les difficultés que nous signalions plus haut, mais elle ne pourra être invoquée qu'autant que le droit ou la procédure cantonale stipuleront à cet égard un mode de preuve spécial, — c'est-à-dire rarement.

Il faut se demander si cette disposition de l'alinéa 2 de l'art. 2, même ainsi limitée, ne sera pas parfois inexécutable en pratique, et si l'on ne devra pas exiger des étrangers, sauf peut-être de ceux qui appartiennent aux Etats européens voisins, la preuve du droit officiel de leur pays. Il est permis en tout cas de douter fortement que le législateur, en posant cette règle et en l'étendant par analogie aux étrangers, ait eu conscience des difficultés pratiques de son application.

12. Mettons maintenant en regard de ces deux articles les règles que contient le premier article du Titre II sur les rapports de droit civil des Suisses à l'étranger, soit l'article 28 de la loi.

La teneur de cet article devant, dans son adaptation aux étrangers subir des modifications un peu plus importantes que celle des autres, nous reproduirons l'article 28 tel qu'il existe dans la loi pour mettre en face ce qu'il devient par adaptation.

Art. 28, al. 1. *Les règles suivantes sont applicables aux Suisses domiciliés à l'étranger pour tout ce qui concerne le droit des personnes, le droit de famille et le droit successoral, sauf toutefois les clauses spéciales des traités internationaux.*

Art. 28, al. 1 (adapté). *Les règles suivantes sont applicables aux étrangers domiciliés en Suisse pour tout ce qui concerne le droit des personnes, le droit de famille et le droit successoral, sauf toutefois les clauses spéciales des traités internationaux.*

Ce premier alinéa qui renferme la même énumération que l'art. 1er témoigne à première vue du désir du législateur de réglementer aussi complètement, si ce n'est avec autant de détails, la situation des Suisses à l'étranger que celle des Suisses établis ou en séjour en Suisse. En cherchant à appliquer les dispositions de la loi aux étrangers il semble donc que nous aurons toujours à choisir entre les règles du Titre I et celles du Titre II. Mais poussons plus loin notre examen.

13. Le deuxième alinéa (chiffre 1) de l'art. 28, littéralement traduit,[1]) devient:

Art. 28, 1° *Si, d'après la législation étrangère, ces Suisses sont régis par le droit étranger, ce n'est pas ce droit néanmoins, mais celui du canton d'origine, qui est appliqué à leurs immeubles situés en Suisse; c'est également le canton d'origine qui exerce la juridiction en pareille matière.*

Art. 28, 1° (adapté). *Si d'après la législation suisse, ces étrangers sont régis par le droit suisse, ce n'est pas ce droit néanmoins, mais celui du pays d'origine qui est appliqué à leurs immeubles situés à l'étranger; c'est également le pays d'origine qui exerce la juridiction en pareille matière.*

Cette adaptation littérale appelle certaines observations qui nous sont suggérées pour les étrangers par l'examen de la situation faite aux Suisses par cet article 28, 1°.

Pour les Suisses à l'étranger l'art. 28, 1° désigne la législation qui sera applicable à leurs immeubles quel que soit d'ailleurs le régime auquel ils seront eux-mêmes soumis. Il est évident que le „si" de cet art. 28, 1° n'est pas condition-

[1]) Pour abréger et éviter une fastidieuse répétition de mots nous nous servons des expressions „traduire," „adapter," pour désigner l'application aux étrangers des règles contenues tantôt dans le Titre I, tantôt dans le Titre II.

nel, mais signifie „même si;“ en effet, si la législation étrangère est muette, ou si elle réserve l'application de la loi suisse aux immeubles en Suisse, ce sera *a fortiori* que les immeubles seront régis par la loi suisse. Il aurait donc été bien préférable pour la clarté de la règle que, en ce qui concerne la législation, elle fut ainsi formulée:

Les immeubles situés en Suisse qui appartiennent à des Suisses domiciliés à l'étranger sont régis par le droit du canton d'origine, quel que soit le régime auquel ces Suisses sont eux-mêmes soumis.

Appliqué aux étrangers cet art. 28, 1° doit poser les mêmes principes pour leurs immeubles. Mais déclarer que leurs immeubles situés à l'étranger seront régis par la loi étrangère paraît être une superfluité, ou constituer une impossibilité.

D'une part, en effet, il va bien sans dire que les immeubles situés à l'étranger qui appartiennent à des étrangers même domiciliés en Suisse sortent absolument du domaine sur lequel peut s'étendre effectivement la législation suisse. De quel droit le législateur suisse émettrait-il une disposition d'après laquelle l'Etat étranger aurait à appliquer sa législation aux immeubles situés sur son territoire qui appartiennent à ses ressortissants domiciliés en Suisse? D'ailleurs on concevrait difficilement un Etat étranger qui renoncerait à appliquer sa législation à des immeubles situés sur son territoire et appartenant à ses ressortissants par le seul fait que ceux-ci sont domiciliés en Suisse.

D'autre part si, par extraordinaire, il y renonçait au profit de l'application de la loi suisse, alors, la règle de l'art. 28, 1° intervenant et renvoyant au droit étranger, un conflit „négatif“ se produirait, et de cette double incompétence résulterait un déni de justice.

Ainsi, ou bien l'Etat étranger soumet ces immeubles à sa législation, mais c'est de son propre chef et non en vertu d'une prescription de la loi suisse; ou bien il se déclare incompétent au point de vue de la législation, et ce n'est pas la disposition de notre art. 28, 1° qui lui donnera la compétence qu'il se refuse à lui-même. Donc l'adaptation

littérale de l'art. 28, 1° aux étrangers conduit dans un cas à une naïveté, dans l'autre à une impasse. Force nous est donc de chercher pour les étrangers une autre signification à cet article.

Nous la trouvons en appliquant la règle qu'il contient non plus aux immeubles situés à l'étranger mais à ceux qui sont en Suisse. Si le législateur a voulu par analogie émettre une prescription relative aux immeubles appartenant à des étrangers, il nous paraît plus probable que ce sont les immeubles situés en Suisse et non ceux qui, étant à l'étranger, échappent à son empire, qu'il a eus en vue.

Nous abandonnons donc tout raisonnement relatif aux immeubles à l'étranger, et, remplaçant dans l'article adapté les mots „situés à l'étranger“ par ceux de „*situés en Suisse,*“ nous avons à raisonner dans deux hypothèses suivant que les immeubles dont s'agit sont situés: pour les Suisses, dans leur canton d'origine; pour les étrangers, dans le canton de leur domicile, ou bien qu'ils sont situés dans un autre canton de la Suisse.

14. *1ère hypothèse.* Les immeubles sont situés: s'il s'agit de Suisses à l'étranger, dans leur canton d'origine; s'il s'agit d'étrangers en Suisse, dans le canton de leur domicile.

L'art. 28, 1° pose comme règle, pour les immeubles situés en Suisse qui appartiennent à des Suisses à l'étranger, la loi d'origine, c'est-à-dire dans notre hypothèse la lex rei sitae, généralement admise pour les immeubles (convention franco-suisse de 1869, art. 5). Nous inspirant de l'esprit des dispositions émises pour les Suisses, nous appliquons la même loi aux immeubles situés en Suisse qui appartiennent à des étrangers; ils seront régis par la lex rei sitae, c'est-à-dire par la loi du canton où ils sont situés, ou, dans notre hypothèse, par la loi du domicile de l'étranger. L'art. 28, 1° deviendrait donc pour les étrangers, suivant la rédaction que nous proposions un peu plus haut pour les Suisses:

Les immeubles situés en Suisse qui appartiennent à des étrangers domiciliés en Suisse sont régis par le droit du canton où ils sont situés, quel que soit le régime auquel ces

étrangers sont eux-mêmes soumis; c'est également la juridiction du lieu de la situation qui est compétente en pareille matière.

Ainsi interprétée cette règle a sa raison d'être; elle est conforme à la doctrine et aux lois généralement en vigueur. Nous arrivons donc, dans cette première hypothèse qui est la plus naturelle et qui sera la plus fréquente, à une solution rationnelle et admissible. Remarquons que ce n'est pas ici l'adaptation littérale qui nous la fournit, mais bien une application, *par analogie,* aux étrangers de la règle posée pour les Suisses. Nous découvrons peut-être ainsi le sens qui doit être attribué à ce terme „par analogie" qui restait au début assez inexplicable.

Il est vrai que nous utilisons un peu l'élasticité et le vague que ce terme peut avoir; c'est ainsi que nous traduisons ici „canton d'origine" par „canton où les immeubles sont situés." — Mais nous pensons que cette traduction libre doit être autorisée quand il s'agit de donner à une règle une signification acceptable et conforme d'ailleurs à l'esprit qui nous paraît avoir dicté au législateur la teneur de l'article 28, 1°.

Il est naturel enfin que la juridiction suive la législation en pareille matière, et que ce soit le juge du canton où se trouve l'immeuble dont s'agit qui soit chargé d'appliquer la loi de ce canton.

15. *2ème hypothèse.* Les immeubles sont situés: s'il s'agit de Suisses à l'étranger, dans un autre canton que leur canton d'origine; s'il s'agit d'étrangers, dans un autre canton que celui où ils sont domiciliés.

Nous avons vu que c'était un non-sens de supposer que le législateur suisse ait voulu régir les immeubles situés à l'étranger. Nous continuons donc à admettre qu'il s'agit de déterminer à quelle loi seront soumis les immeubles situés en Suisse qui appartiennent à des étrangers.

Quelle sera donc la loi applicable? Pour l'immeuble appartenant au Suisse, devant la teneur de l'art. 28, 1° pas d'hésitation possible: ce sera non plus la lex rei sitae, distincte cette fois de la loi d'origine, mais la législation de son canton

d'origine. Le législateur a tranché le doute qui aurait pu naître; c'est là, dans notre hypothèse, la raison d'être de la règle de l'art. 28, 1⁰.

Pour l'immeuble appartenant à l'étranger, sera-ce la loi du lieu de la situation ou celle du canton où l'étranger est domicilié? En faveur de la première, on pourrait invoquer la solution qui s'impose dans notre première hypothèse: soumettre les immeubles à la lex rei sitae, c'est se conformer à une règle généralement admise et rationnelle.

Mais il faut observer que, dans notre 1ère hypothèse, nous ne sommes arrivé à la lex rei sitae que parce qu'elle se confondait, pour les Suisses, avec la loi d'origine et que c'est en voulant appliquer la loi d'origine que nous avons rencontré la lex rei sitae. Nous nous sommes servi de cette dernière comme d'un pont, d'un moyen pour découvrir la législation à laquelle les immeubles de l'étranger devaient être soumis. Nous avons raisonné ainsi: les immeubles situés en Suisse qui appartiennent à des Suisses à l'étranger sont régis par la loi d'origine; or pour eux la loi d'origine = la lex rei sitae; pour les étrangers la lex rei sitae = la loi du domicile; donc, par analogie, les immeubles de l'étranger seront soumis à sa loi de domicile.

Cette procédure nous paraissait d'autant plus justifiée, en vue d'une saine interprétation de l'esprit de l'art. 28, 1⁰, que celui-ci exclut la législation étrangère, et qu'il ne reste donc plus que la loi du domicile qui puisse régir les immeubles de l'étranger domicilié dans le canton où ils sont situés. En outre, nous nous croyions autorisé à prendre en considération plutôt la situation des immeubles que la personne de leurs propriétaires, car le législateur paraît donner plus de poids à l'une qu'à l'autre (art. 28, 1⁰).

Un raisonnement semblable n'est pas possible dans notre seconde hypothèse. Pour les Suisses à l'étranger qui ont des immeubles en Suisse dans un autre canton que leur canton d'origine, l'art. 28, 1⁰ déclare implicitement — puisqu'il ne distingue pas les deux hypothèses — que même alors c'est à la loi du canton d'origine que ces immeubles doivent être

soumis. Pour les étrangers, rien ne nous permet de conclure à l'application de la lex rei sitae. En outre, la loi tout entière n'ayant pour but que de faire, pour chaque domaine réglementé, un choix entre les deux lois d'origine et de domicile, ce serait sortir quelque peu de son cadre que d'en proposer une troisième. Il faut donc adopter ici la loi du canton de domicile de l'étranger propriétaire.

Dans notre seconde hypothèse l'art. 28, 1º se formulerait alors ainsi:

Les immeubles appartenant à des étrangers et situés en Suisse dans un autre canton que celui du domicile de ces derniers seront régis par la législation de ce canton de domicile, quel que soit le régime auquel les étrangers sont eux-mêmes soumis; c'est également la juridiction du domicile qui est compétente en pareille matière.

Si nous rapprochons cette rédaction de celle à laquelle nous a conduit notre première hypothèse, nous voyons qu'il s'agit dans les deux cas de l'application de la loi du domicile, mais que dans le premier celle-ci coïncide avec la lex rei sitae, tandis qu'elle en est distincte dans le second.

Les remarques précédemment faites sur l'application „par analogie" des dispositions de la loi peuvent se répéter ici.

Cette règle relative aux immeubles (art. 28, 1º) est la seule disposition immobilière que la loi formule expressément. Mais il ne faut pas oublier que ce deuxième alinéa de l'article 28 est inséparable du premier, et que la prescription qu'il contient ne s'appliquera aux immeubles qu'autant qu'il s'agira du droit des personnes, du droit de famille ou du droit successoral, seuls domaines auxquels s'entend la réglementation de la loi. Ce n'est que dans ce sens que nous pouvons la considérer comme une règle générale. Que deviendra-t-elle dans les domaines de la capacité civile des femmes mariées, de la tutelle, du régime matrimonial, de la succession, qui sont ou peuvent être régis par une autre loi que celle du domicile actuel, et où pourtant des droits immobiliers peuvent être en jeu? Il faudra décider, croyons-nous, que tout ce qui concerne la constatation des mutations de propriété, l'inscription des droits

immobiliers, la licitation des immeubles en vue d'un partage, ainsi que les charges qui peuvent grever un immeuble seront régis par la loi du domicile de l'étranger, et que tout le reste sera dominé par la loi qui fera règle pour le domaine juridique dont il s'agira.

Ainsi, d'une manière générale, l'adaptation aux étrangers de cet art. 28, 1° soulève de nombreuses difficultés qui ne peuvent être résolues que par des moyens détournés; l'on peut douter que le législateur ait eu l'intention d'étendre aux étrangers les dispositions de cet article 28, 1°; s'il l'a eue, l'introduction d'une règle, analogue dans son esprit mais spéciale aux étrangers, n'eût pas été superflue.

16. Quant à l'art. 28, 2°, littéralement adapté aux étrangers il se formule ainsi:

Art. 28, 2°. *Si, d'après la législation étrangère, ces Suisses ne sont point régis par le droit étranger, c'est le droit du canton d'origine qui leur est appliqué, et c'est également ce canton qui exerce la juridiction.*

Art. 28, 2° (adapté). ***Si, d'après la législation suisse, ces étrangers ne sont point régis par le droit suisse, c'est le droit du pays d'origine qui leur est appliqué, et c'est également ce pays qui exerce la juridiction.***

Remarquons d'abord que la disposition de cet article, bien que revêtant une forme apparemment symétrique à celle énoncée sous chiffre 1° est fort différente en réalité. Nous avons vu (**13**) que cette dernière était applicable à tous les cas, bien que sa rédaction défectueuse pût en faire douter, et que le „si“ placé en tête n'était pas conditionnel mais signifiait „même si.“ Il n'en est pas de même de la règle qui nous occupe maintenant. Elle n'est que subsidiaire, et ne doit servir que dans un cas déterminé; le „si“ est donc ici bien conditionnel.

Il faut noter, en outre, que le chiffre 1° de l'art. 28 n'est relatif qu'aux immeubles, tandis que le chiffre 2° s'applique aussi bien aux meubles qu'aux immeubles.

17. Si la symétrie n'existe pas en réalité entre les deux parties de l'art. 28, l'adaptation littérale de son dernier alinéa aux étrangers ne correspond pas non plus à la règle posée pour les Suisses à l'étranger, et sa signification ne se comprend guère.

En ce qui concerne les Suisses, la disposition de cet art. 28, 2⁰ nous paraît pouvoir être formulée de la manière suivante:

Les Suisses à l'étranger sont régis par le droit étranger, à moins que l'Etat étranger ne déclare que la loi nationale ne leur est pas applicable ou ne les soumette à la loi et à la juridiction du pays d'origine. [1]) Dans ces deux cas c'est la législation du *canton* d'origine qui est applicable, et c'est la juridiction de ce même canton qui est compétente.

Pour les Suisses à l'étranger, en effet, le législateur, reconnaissant avec raison qu'il ne peut prétendre exercer effectivement son empire sur eux, admet implicitement l'application du droit étranger; il ne le déclare pas expressément, car il ne lui appartenait pas de le faire; l'Etat étranger n'a pas besoin de l'autorisation de la Suisse pour appliquer sa législation aux Suisses établis sur son territoire, s'il le juge convenable. Le législateur suisse admet donc que l'Etat étranger soumette à sa législation les ressortissants suisses sur son territoire; c'est là, croyons-nous, la première règle qu'il faut dégager de l'art. 28, 2°, et que nous avons cherché à rendre par la première phrase de la formule précédente.

Mais l'Etat étranger pouvait déclarer soit que sa législation ne serait pas applicable aux Suisses (et autres étrangers) domiciliés sur son territoire, soit que ceux-ci seraient régis par leur loi d'origine; et c'est pour ces deux cas là que le législateur a émis la règle du dernier alinéa de l'art. 28, et soumis les Suisses à leur loi nationale.

Cette prescription était utile, la loi ayant précisément pour but de faire cesser l'incertitude du droit. En effet, s'il était à peu près évident que ce serait la loi suisse qui dans ces deux cas se trouverait applicable, on aurait pu, dans le cas où le Suisse domicilié à l'étranger aurait eu avant de quitter la Suisse un domicile dans un autre canton que son canton d'origine, hésiter entre la loi du dernier domicile en

---

[1]) Nous laissons de côté le cas qui nous paraît fort rare où l'Etat étranger prévoirait l'application d'une troisième loi, autre que celles de l'origine et du domicile.

Suisse et celle du canton d'origine. La préférence est donnée à cette dernière, et c'est également, dit l'article, ce canton qui exerce la juridiction.

Il faut, dans cette dernière phrase, considérer comme sous-entendue la condition que l'Etat étranger remette à la législation *et à la juridiction* suisses le soin de trancher le cas. Mais il peut charger son juge d'appliquer le droit suisse, et toute compétence serait ainsi refusée à la juridiction du canton d'origine.

Enfin pour les Suisses, on peut se demander quelle solution devra intervenir si la législation étrangère est muette, comme le cas peut fort bien se présenter. La règle, telle que nous l'avons formulée, autoriserait bien la conclusion que ce droit étranger doit les régir; mais l'observation faite plus haut (13) peut être reproduite ici: comment le législateur suisse pourrait-il prétendre forcer l'Etat étranger à étendre sa législation aux ressortissants suisses établis sur son territoire? D'autre part les termes de l'art. 28, 2°, en particulier la phrase „d'après la législation étrangère" qui laisse supposer une disposition expresse de cette législation, ne permettent pas de conclure en ce cas à l'application du droit suisse, à laquelle du reste l'Etat étranger serait en droit de se refuser. La réponse reste donc indécise.

18. Pour les étrangers en Suisse, la situation est bien différente. En principe l'on peut dire que le législateur, ayant admis comme règle, en ce qui concerne les Suisses à l'étranger, l'application du droit étranger, et n'ayant émis de prescription que pour le cas où l'Etat étranger réserverait expressément la législation suisse ou tout au moins déclarerait son droit inapplicable, doit, en vertu du même raisonnement, proclamer l'application du droit suisse aux étrangers, tout en réservant les dispositions du droit étranger quand la législation suisse prescrirait leur application ou serait déclarée inapplicable. Formulée pour les étrangers comme elle l'a été par nous pour les Suisses, la règle de l'art. 28, 2° deviendrait:

Les étrangers en Suisse sont régis par le droit suisse, à moins que celui-ci ne leur soit déclaré inapplicable ou ne les soumette à la loi et à la juridiction de leur pays d'origine.

Mais ici il n'y a plus lieu, comme pour les Suisses à l'étranger, de faire un choix éventuel entre la loi d'un dernier domicile et celle de l'origine; car on pourrait difficilement admettre, nous semble-t-il, que le législateur suisse prît en considération, pour la détermination de la loi applicable aux étrangers, leur dernier domicile dans un autre pays que leur pays d'origine. Cette alternative, qui donnait à la disposition de l'art. 28, 2° sa seule raison d'être véritable, ne se présente donc pas pour les étrangers. Et comme il est bien évident que si ce n'est pas la loi du pays d'origine, ce sera la loi du canton de leur domicile en Suisse qui sera applicable aux étrangers, car on ne saurait imaginer une troisième loi, l'art. 28, 2°, adapté à ces derniers, n'a plus guère de signification (**17**).

Cette prescription n'aurait plus que l'avantage d'exclure l'hypothèse que nous devions prévoir dans l'application du droit étranger aux Suisses à l'étranger, celle du silence de la législation étrangère. En effet, d'après sa teneur expresse, ce sera ou la loi d'origine ou celle du domicile qui régira le rapport juridique dont s'agit; mais elle laisse subsister l'incertitude en abandonnant à d'autres règles le soin de faire le choix entre ces deux lois. Il est vrai qu'elle contient la désignation de la juridiction, qui aurait pu ne pas suivre la législation; mais remarquons qu'elle se trouve alors en opposition partielle avec la règle de l'art. 2 qui pose en principe la compétence de la juridiction du domicile, et n'admet celle du juge d'origine que si celle-ci est expressément réservée pour telle matière. Donc d'après l'art. 2 le juge suisse peut être appelé à appliquer la loi étrangère; d'après l'art. 28, 2° il ne le peut pas puisque la juridiction suit la législation. A part donc ce conflit qu'elle fait naître, la prescription de l'art. 28, 2° ne nous fait pas faire un seul pas en avant. Nous ne pouvons pas admettre en effet avec M. Wolf (*op. cit.*) qu'elle renvoie simplement aux législations cantonales, puisque notre loi a précisément pour but d'émettre une règle générale et uniforme pour les étrangers comme pour les Suisses et qu'elle abroge les lois cantonales contraires (art. 39).

Nous en concluons donc, à juste titre, croyons-nous, que cette règle de l'art. 28, 2° a été posée pour s'appliquer aux Suisses à l'étranger et non pour s'adapter par analogie aux étrangers en Suisse.

En résumé, il résulte de la comparaison que nous venons de faire des deux premiers articles du Titre I avec le premier du Titre II, soit des articles 1 et 2 avec l'article 28 de la loi, que, si des règles générales paraissent être posées au début de l'un et de l'autre de ces titres, en définitive il ne subsiste du Titre II, en ce qui concerne la législation à laquelle les étrangers doivent être soumis, qu'une disposition applicable à la rigueur à leurs immeubles situés en Suisse, et, pour les autres domaines juridiques réglementés, qu'un renvoi aux prescriptions spéciales émises pour chacun d'eux.

Ce résultat si mince nous fait douter une fois de plus de l'applicabilité de l'art. 28 aux étrangers. Nous serions donc tenté de le ranger parmi ceux qui ne peuvent être adaptés aux étrangers et qui doivent être laissés de côté (**10**).

Chapitre III.

Domicile et Origine (Art. 3—6 de la loi).

19. Les articles 3—6 de la loi sont destinés à fixer la notion du domicile et celle de l'origine. Il est aussi important pour les étrangers en Suisse que pour les Suisses établis de bien préciser ce qu'il faut entendre par législation d'origine et par législation du domicile, la loi que nous étudions se bornant à choisir entre ces deux.

Pour les étrangers comme pour les Suisses la loi ne se contente pas de l'établissement ni du séjour; elle exige le domicile comme condition de l'application de ses dispositions aux étrangers; et s'il nous arrive parfois de parler d'étrangers établis ou habitant la Suisse, ce n'est que pour éviter des répétitions trop fréquentes du mot domicile, que nous le ferons; il ne s'agira jamais que d'étrangers *domiciliés* en Suisse.

L'article 32 le dit expressément: ce n'est qu'aux étrangers „domiciliés“ en Suisse que les prescriptions de la loi sont étendues par analogie, et le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 6 avril 1894,[1]) l'a formellement déclaré.

Nous nous bornerons donc, comme à l'ordinaire, à quelques remarques suggérées par la situation spéciale des étrangers.

20. La définition du *domicile* est contenue aux articles 3 et 4, et comme cette notion ne saurait varier suivant la nationalité de la personne, suivant qu'il s'agit de fixer le domicile d'un étranger en Suisse ou celui d'un Suisse établi, ces deux articles s'adaptent sans changement aux étrangers.

Art. 3. *Le domicile, dans le sens de la présente loi, est au lieu où la personne demeure avec l'intention d'y rester d'une façon durable.*

Le fait qu'une personne est placée dans un établissement d'éducation, un hospice, un asile, une maison de santé ou de correction, ou qu'elle séjourne dans une localité en vue d'y suivre les cours d'un établissement d'instruction, ne lui constitue pas un domicile dans le sens de la présente loi.

Le domicile d'une personne une fois fixé subsiste aussi longtemps qu'elle n'a pas fondé un nouveau domicile.

Nul ne peut avoir simultanément deux ou plusieurs domiciles.

Art. 4. *Le domicile de la femme mariée est au domicile du mari.*

Le domicile des enfants sous puissance paternelle est au domicile de la personne qui a l'exercice de cette puissance.

Le domicile de la personne sous tutelle est au siège de l'autorité tutélaire.

Renvoyant aux commentaires dont nous avons accompagné ces articles (Thèse pages 80—98) et qui pourraient être reproduits ici, nous rappellerons seulement que:

1⁰ il ne faut jamais perdre de vue que, la loi fédérale n'ayant pour but que la désignation de la législation qui régira tel rapport de droit civil, ses dispositions ne peuvent être utilisées autrement, et que, cette désignation une fois faite, le rôle de la loi fédérale est fini et la parole laissée à

[1]) Fischel contre Dᵉ Codmann, *Semaine judiciaire 1894*, p. 405.

la loi cantonale désignée; ainsi la législation d'un canton interviendra, même pour fixer le domicile, dès que ce canton aura été reconnu compétent pour appliquer son droit aux étrangers qui habitent son territoire;

2° à propos de l'art. 4 nous estimons:

a) en ce qui concerne la femme mariée, tant que le mariage dure, elle est domiciliée au domicile de son mari, alors même qu'elle serait interdite ou séparée de biens,

b) pour les enfants sous puissance paternelle, que dès qu'il y a puissance exercée sur eux par un de leurs ascendants, quel que soit le nom qu'on donne à celle-ci et alors même qu'une autorité tutélaire exercerait une surveillance sur ces enfants, leur domicile reste au domicile du parent qui a l'exercice de cette puissance,

c) enfin, pour les étrangers sous tutelle qui ne tombent pas sous le coup de l'un des deux premiers alinéas de l'article 4, que leur domicile ne sera au siège de l'autorité tutélaire que si, d'une part, ils sont incapables d'agir eux-mêmes et non pas seulement s'ils doivent être *assistés* d'un conseil, et si, d'autre part, il existe une autorité tutélaire.

21. Le pays *d'origine* d'un étranger est celui auquel il appartient par sa nationalité. La nationalité peut s'acquérir de plusieurs manières, et nous nous trouvons ici en face d'une diversité beaucoup plus grande que lorsqu'il s'agissait de l'origine des Suisses. Nous n'avons pas à les passer en revue, et pouvons nous borner à l'indication des cas principaux, à savoir: l'acquisition de la nationalité *jure sanguinis*, c'est-à-dire par le seul fait de la descendance de parents citoyens de tel ou tel pays — ce qui est le cas le plus fréquent —; puis, *jure soli*, c'est-à-dire par le fait de la naissance dans tel ou tel pays; enfin par *naturalisation*, c'est-à-dire par l'obtention, aux conditions légalement fixées, ou à titre de faveur exceptionnelle, du droit de bourgeoisie dans un Etat.

L'étranger établi en Suisse peut n'avoir pas de nationalité; il peut, au contraire, en avoir plusieurs.

On peut difficilement concevoir un Suisse établi qui n'aurait pas de droit de bourgeoisie cantonal, puisqu'il est

tenu pour avoir le droit de se fixer dans un autre canton de produire un acte d'origine ou une pièce analogue (Constitution fédérale, art. 45). Les lois cantonales peuvent fixer la même condition à l'établissement d'un étranger — c'est le cas à Genève où le permis de séjour cesse d'être valable dès que les papiers déposés ne sont plus réguliers (loi du 8 mars 1879, art. 4), — mais elles ne le doivent pas. Il est donc plus facile de supposer des cas d'heimatlosat chez des étrangers que chez des Suisses. Les étrangers peuvent, en effet, appartenir à un pays dont la nationalité se perd par la résidence à l'étranger pendant un certain nombre d'années; ils peuvent naître en Suisse, où la nationalité ne résulte que de la filiation, de ressortissants d'un Etat qui ne confère sa nationalité qu'à ceux qui naissent sur son territoire (Brésil), etc. En présence de cas de ce genre on se trouvera fort embarrassé pour appliquer la loi; il faudra ou bien se résigner à soumettre ces heimatloses à la loi de leur domicile, ou bien admettre fictivement, et contrairement peut-être à leur loi d'origine, qu'ils n'ont pas perdu leur nationalité primitive, ou enfin les considérer comme originaires de l'Etat, s'il est connu, dont leur père était ressortissant.

En revanche la loi a prévu l'hypothèse du double indigénat, dont le cas type sera celui de l'individu né dans un pays, dont la nationalité lui est acquise par la naissance, d'un étranger dont la nationalité passe à son fils par filiation (enfant né en Angleterre d'un père français).

L'art. 5 tranche la difficulté; il s'adapte presque littéralement aux étrangers.

Art. 5. *Lorsqu'un étranger possède le droit de cité dans plusieurs pays, son pays d'origine, dans le sens de la présente loi, est celui des pays d'origine dans lequel il a eu son dernier domicile; s'il n'a jamais été domicilié dans un de ces pays, celui dans lequel lui ou ses ascendants ont en dernier lieu acquis le droit de cité.*

Cette détermination du pays d'origine s'applique également, par analogie, au cas où un étranger aurait plusieurs droits de cité dans un même pays, divisé en plusieurs législations. *Art. 6, al. 2:*

Lorsqu'une personne a plusieurs droits de bourgeoisie dans ce pays, la disposition de l'art. 5 est applicable par analogie.

L'adaptation aux étrangers de ces prescriptions n'appelant pas d'observation spéciale, nous ne nous arrêterons pas, conformément à ce que nous disions dans notre préface, à l'interprétation de ces articles.

22. L'art. 6, al. 1 n'a été introduit dans la loi, comme on sait, qu'après de vives discussions au sein des Conseils de la Confédération.

Adapté aux étrangers il reste presque le même:

Art. 6, al. 1. *S'il existe dans un pays plusieurs législations régissant des parties distinctes de son territoire, le droit du domicile d'une personne est celui de la partie du canton*[1]) *où elle est domiciliée; le droit du lieu d'origine, celui en vigueur dans la commune dont elle est ressortissante.*

Il n'y a pas d'observation spéciale à faire en ce qui touche la détermination de la loi du domicile, les conditions où se trouvent à cet égard les Suisses qui sont domiciliés dans un autre canton que leur canton d'origine étant les mêmes que celles où sont les étrangers domiciliés en Suisse. Cette première partie de l'article est donc aussi utile pour les uns que pour les autres.

La seconde partie de la règle, celle qui a trait à la détermination de la loi d'origine, pourra se trouver plus souvent utilisée encore pour les étrangers que pour les nationaux. On peut en effet facilement supposer un Etat étranger dont le territoire ne serait pas dominé par une seule et même législation, mais se diviserait en plusieurs portions, régie chacune par une loi différente. Néanmoins il faut se demander si cet art. 6, al. 1, qui n'a été inséré dans la loi que pour des motifs d'intérêt purement local et particuliers à la Suisse, peut être étendu par analogie aux étrangers, en ce qui concerne la désignation du droit d'origine.

---

[1]) Nous ne remplaçons pas ici (comme nous l'avons fait au début de l'article, où „pays" peut signifier suivant les cas „canton" ou „état") „canton" par „pays," puisqu'il s'agit exclusivement dans ce membre de phrase du droit du domicile de l'étranger établi en Suisse.

Si, d'une part, les arguments tirés de la souveraineté cantonale, que l'on a fait énergiquement valoir pour mettre obstacle à l'introduction de cette prescription, ne peuvent guère être reproduits à l'égard des étrangers, et doivent céder le pas aux considérations d'opportunité, peut-être plus importantes encore que pour les Suisses, d'autre part les termes de l'art. 6, al. 1 *in fine* supposent une organisation politique comme celle de la Suisse où un droit de cité communal et cantonal accompagne toujours le droit de cité suisse, et ne peuvent se rapporter qu'à des Etats fédératifs, comme elle, ou à des Confédérations d'Etats.

La disposition de cet article ne trouvera donc son application aux étrangers qu'aux deux conditions suivantes: à savoir, que l'Etat étranger soit divisé en plusieurs territoires régis par des législations distinctes (même condition que pour les Suisses *mutatis mutandis*), et en second lieu qu'à chacun de ces territoires régis par une législation propre et distincte corresponde un droit de cité, de commune, de canton ou de pays, c'est-à-dire que l'étranger en question, à côté du lieu qui l'unit à l'Etat dont il possède la nationalité soit rattaché à une circonscription politique et territoriale (commune, canton, pays, ville peut-être, etc.) par un lien spécial qui l'en rende ressortissant. Ce sera le cas, par exemple, (tant que le Code-civil allemand n'est pas en vigueur) pour l'Allemand qui sera à la foi allemand et wurttembergeois, bavarois, badois ou prussien. Ces deux conditions peuvent donc se rencontrer; en fait elles se trouveront en général réunies, et l'art. 6, al. 1 trouvera son application aux étrangers ressortissants de ces Etats.

Remarquons en passant que cette application n'est possible qu'en remplaçant éventuellement le mot „commune“ par celui de circonscription, canton, état etc. Il ne s'agit plus en effet de Suisses ressortissant à telle ou telle commune à l'intérieur d'un canton, mais d'étrangers citoyens d'un Etat et ressortissant en même temps à telle ou telle circonscription, canton etc., à l'intérieur de cet Etat.

En revanche,. si la seconde des deux conditions indiquées

ci-dessus fait défaut,[1]) c'est-à-dire si, dans un Etat dont le territoire est divisé en plusieurs domaines de législations distinctes, il n'existe qu'un seul et unique droit de bourgeoisie, à savoir la nationalité de cet Etat, sans qu'il y ait aucun lien spécial rattachant son ressortissant à telle ou telle circonscription de son territoire, la règle de l'art. 5 ne pourra pas s'adapter à cette situation particulière. La détermination de la loi d'origine présentera alors une certaine difficulté; il faudra recourir au critère de l'art. 5 et se servir de la combinaison du domicile et de l'origine; le choix se fera ainsi entre les divers droits en vigueur dans l'Etat, dont ressortit l'étranger domicilié en Suisse, par la considération de la partie de cet Etat où l'étranger ou ses ascendants ont été domiciliés avant de venir en Suisse, si ce domicile a existé. Son droit d'origine sera donc celui auquel il aurait été soumis si lui ou ses ascendants n'avaient pas quitté, pour venir en Suisse, la partie de leur pays d'origine où ils étaient domiciliés.[2])

Mais ce cas nous paraît devoir être très rare, nous ne savons pas même s'il peut se présenter.

Chapitre IV.

Capacité civile (Art. 7 et 34).

23. En matière de capacité civile, nous possédons dans notre Titre III un article spécial aux étrangers. C'est l'art. 34:

Sont réservées les dispositions spéciales des traités et l'article 10, alinéas 2 et 3, de la loi fédérale sur la capacité civile du 22 juin 1881.

Cette loi de 1881 détermine la capacité civile des Suisses pour toute l'étendue de la Confédération; mais elle laisse de

---

[1]) Nous ne parlons naturellement pas de la première puisqu'elle ne consiste que dans l'hypothèse en vue de laquelle l'art. 6, al. 1 a été édicté (division d'un Etat en plusieurs domaines de législation).

[2]) On le voit, nous nous en tenons à l'interprétation à laquelle nous avons donné la préférence au nº 8; pour nous, le droit d'origine est celui qui serait appliqué à l'étranger s'il était domicilié dans son pays, et non pas la législation à laquelle cet Etat peut renvoyer, en déclarant par exemple que son ressortissant, domicilié à l'étranger, sera soumis au droit du pays qu'il habite.

côté celle des femmes mariées non commerçantes, abandonnant au droit cantonal le soin de la déterminer (art. 7), ainsi que d'autres points spéciaux (droits des mineurs, émancipation, capacité de tester). Le conflit de législations cantonales pouvait donc se produire en ces matières pour les Suisses établis; de là, l'article 7 de notre loi.

Les alinéas 2 et 3 de l'art. 10 de la loi du 22 juin 1881, dont le législateur, comme il le faisait déjà dans son projet de 1887, réserve l'application aux étrangers, sont ainsi conçus:

„La capacité civile des étrangers est régie par le droit „du pays auquel ils appartiennent.

„Toutefois l'étranger qui, d'après le droit suisse, posséderait la capacité civile, s'oblige valablement par les engagements qu'il contracte en Suisse, lors même que cette capacité ne lui appartiendrait pas selon le droit de son pays."

Nous n'avons pas à chercher la portée que les règles énoncées aux deux alinéas de cet article peuvent avoir en elles-mêmes, car nous sortirions du cadre de notre étude. Mais la réserve de l'art. 34 de notre loi ayant pour objet de maintenir intacte la double disposition de l'article 10, alinéas 2 et 3, de la loi de 1881, en face des règles posées par notre loi et applicables par analogie aux étrangers, il s'agit pour nous de rechercher quelles sont, quant aux étrangers, les prescriptions de notre loi qui se trouvent en opposition avec le principe de la loi de 1881, et qui doivent par conséquent lui céder le pas. A vrai dire cette question doit nous préoccuper à peu près pour chaque domaine juridique réglementé par la loi, et nous devrons la poser au début de l'examen que nous avons successivement à faire de chaque matière.

Pour le moment nous passerons seulement en revue les dispositions de l'art. 7, qui compose à lui seul le chapitre de la capacité civile, et qui, de ce fait, paraît être à première vue exclu par la réserve de l'art. 34 et n'avoir aucune application pour les étrangers.

24. Art. 7, al. 1. *La capacité civile des femmes mariées est régie, durant le mariage, par la loi du domicile.*

Cette règle ne peut pas être appliquée aux femmes, suisses

ou non, qui ont épousé des étrangers domiciliés en Suisse, car elle se heurte au principe de l'art. 10 al. 2 de la loi de 1881, en vertu duquel ces étrangères doivent être soumises, quant à la capacité civile, à la loi du pays auquel elles appartiennent, c'est-à-dire du pays dont leur mari est ressortissant et dont elles ont acquis la nationalité par leur mariage.

L'incapacité de la femme mariée dont il s'agit ici, est celle qui dérive du mariage (Thèse p. 100), qu'il faut distinguer nettement de la capacité de disposer ou d'administrer ses biens résultant pour elle de son régime matrimonial et existant indépendamment des clauses de celui-ci. Le Tribunal fédéral a caractérisé cette distinction dans son arrêt déjà cité du 6 avril 1894.[1]) La loi à laquelle le régime matrimonial de l'étrangère sera soumis, et que nous aurons à rechercher plus loin, déterminera jusqu'à quel point celle-ci perd la disposition de son patrimoine par suite du droit du mari sur ce patrimoine; mais ce sera, en vertu de l'art. 34, la loi d'origine qui déterminera jusqu'à quel point elle peut valablement s'obliger par contrat. Or cela dépend de la puissance maritale; donc ce sera la loi d'origine du mari qui fixera l'étendue de cette puissance, indépendamment du régime de biens existant entre époux. Cette conséquence est conforme au principe de l'art. 10, al. 2 de la loi de 1881.

La loi d'origine règlera donc tout ce qui concerne l'autorisation maritale, l'autorisation de la justice en cas de refus du mari, les conséquences du défaut d'autorisation, et fixera les cas particuliers où la femme devra être assistée d'un conseil.

Mais cette loi, qu'en vertu de l'art. 2 le juge du domicile aura à appliquer (11), ne viendra-t-elle pas se briser contre les dispositions d'ordre public que peut renfermer la loi du domicile? Ce sera le cas, par exemple, à Genève, avec la loi du 18 août 1886 qui exige que la femme soit autorisée par deux conseillers pour pouvoir s'obliger pour son mari, la Cour de justice de Genève ayant déclaré à plusieurs reprises que les dispositions de cette loi étaient d'ordre public et devaient

[1]) *Semaine judicaire 1894,* p. 406.

s'entendre à toutes les femmes mariées domiciliées dans le canton. Il y aura donc souvent impossibilité à appliquer la loi d'origine, ou, en tout cas, difficulté à déterminer quelles sont les prescriptions d'ordre public de la loi du domicile qui s'opposent à son application.

Pour cette raison, et étant donné, d'une part, que la capacité de la femme mariée pouvait être traitée différemment de la capacité civile en général, laquelle devait rester régie par la loi d'origine de l'étranger, d'autre part, que la puissance maritale présente dans certaines législations une analogie incontestable avec la puissance paternelle ou la tutelle, régies toutes deux par le droit du domicile (art. 9 et 10), on pourrait peut-être se demander si la réserve de l'art. 34 n'aurait pas dû ne pas s'étendre aux femmes mariées étrangères domiciliées en Suisse, et si celles-ci n'auraient pas dû comme lès femmes mariées suisses être soumises à la loi du domicile. Mais nous ne croyons pas que la teneur formelle de l'art. 34 permette cette entorse à la réserve qu'il formule; et d'ailleurs, l'incapacité de la femme dérivant du mariage, c'est la loi du mariage, soit la législation d'origine, qui doit déterminer l'étendue de cette capacité.

25. Art. 7, al. 2. *Les droits des mineurs envers les détenteurs de la puissance paternelle ou tutélaire sont déterminés par la loi qui fait règle pour la puissance paternelle ou pour la tutelle.*

Cette règle, qui reste identique pour les étrangers, ne fait que laisser à la loi qui régit la puissance paternelle ou la tutelle le soin de déterminer quels seront les restrictions des droits paternels ou tutélaires admises en faveur des mineurs. Nous nous bornons donc à faire observer que les enfants domiciliés en Suisse n'atteindront leur majorité qu'à l'âge fixé par leur droit d'origine, cela en vertu de la réserve de l'art. 34.

26. Art. 7, al. 3. *L'émancipation est soumise à la loi et à la juridiction auxquelles la puissance paternelle ou la tutelle sont elles-mêmes soumises.*

Ici encore les termes restent absolument semblables; mais la portée de la règle est un peu différente à l'égard

des étrangers. En effet, en Suisse, la loi fédérale de 1881, fixant l'âge auquel l'émancipation peut être prononcée et par qui elle peut l'être, ne laissait subsister la possibilité de conflits entre les législations cantonales que sur des points secondaires. Pour les étrangers, avant notre loi, aucune disposition légale ne s'opposant à l'application intégrale de leur loi d'origine, sous réserve de l'ordre public, le conflit de lois pouvait être complet et s'étendre jusqu'à l'existence même de cette institution juridique.

Il n'en était pas moins naturel d'assimiler l'émancipation aux droits des mineurs, et de la soumettre à la loi qui domine la puissance paternelle ou la tutelle dont elle est un affranchissement. Peut-on admettre que le législateur qui, avec parfaite raison, a fait choix à l'égard des Suisses d'une seule et même loi pour l'émancipation, la tutelle et la puissance paternelle, ait voulu renvoyer les étrangers aux prescriptions de leur loi d'origine pour l'émancipation, alors qu'il les soumettait pour la tutelle et la puissance paternelle à la loi du domicile (art. 9 et 10)? Il résulterait de cette différence de traitement un conflit de législations dont il serait parfois difficile de sortir.

Nous estimons donc que l'alinéa 3 de l'art. 7 doit s'étendre aux étrangers; nous nous autorisons pour cela de l'interprétation très limitative que le Tribunal fédéral a donné à la réserve de l'art. 34 dans son arrêt du 7 juillet 1893 (voy. **39**). Ainsi l'émancipation sera régie à notre avis, par le droit du domicile de l'étranger, c'est-à-dire par le droit fédéral d'abord (loi de 1881 art. 2), puis par la législation cantonale en vigueur au lieu de domicile de l'étranger à émanciper.

27. Art. 7, al. 4. *La capacité de tester est régie par le droit du lieu où le testateur avait son domicile à la date de la disposition de dernière volonté.*

Cette prescription, qui s'adapte telle quelle aux étrangers (majeurs et mineurs), fait naître pour eux la question délicate de savoir si la capacité de tester doit être englobée dans la capacité ordinaire et tomber sous le coup de la réserve de l'art. 34, ou, au contraire, être envisagée comme indépendante

et être rapprochée du droit successoral. Nous croyons la seconde solution préférable; il nous semble que la capacité de tester ne doit pas être confondue avec la capacité ordinaire (Thèse p. 107); le code civil français, qui traite de la capacité de tester dans le chapitre des successions, y formule des dispositions spéciales dérogeant à l'incapacité générale dont sont frappées les femmes et les mineurs. Il nous paraît donc plus naturel de faire rentrer la capacité de tester des étrangers dans le droit successoral.

Nous restons ainsi en harmonie avec l'esprit du législateur qui, en ce qui concerne les Suisses établis, fait choix de la loi du domicile à la fois pour la capacité de tester et pour la succession testamentaire. [1]) La capacité de tester des étrangers sera donc soumise à la loi de leur domicile à la date de la confection du testament, et non à leur loi d'origine.

28. En examinant les résultats auxquels nous sommes arrivé en passant ainsi en revue les dispositions de l'art. 7, nous remarquons que, à part la durée de la minorité pour les étrangers, la réserve formulée en faveur de la loi d'origine par l'art. 34 n'annihile, à notre avis, que l'alinéa 1 de l'art. 7, relatif aux femmes mariées, dont la capacité sera régie par la loi d'origine et non par la loi du domicile. En considérant ce que nous avons dit plus haut (**24**) sur les difficultés que peut rencontrer l'application à la capacité des femmes mariées de leur droit d'origine, on pourrait se demander si ce résultat a bien été voulu par le législateur. Mais nous avons déjà donné les raisons qui nous engagent à le croire.

Une seconde remarque, qui s'étend aux femmes mariées et aux mineurs, c'est que la capacité qui leur est attribuée par les articles 7 et 34 ne vaut que pour les domaines réglementés par notre loi et que pour les cas où ses dispositions devront s'appliquer. En outre, l'al. 3 de l'art. 10 de la loi de 1881, en déclarant que, pour les étrangers, la capacité de

---

[1]) Sauf la réserve de l'art. 22, al. 2, que nous aurons à examiner plus loin.

s'obliger en Suisse est régie par le droit Suisse, vient atténuer considérablement les conséquences que pourrait avoir pour les tiers le fait que la capacité de la femme mariée et la durée de la minorité des enfants étrangers se déterminent d'après la législation de leur pays d'origine.

Quant à la juridiction, en donnant à l'art. 2, comme nous l'avons fait au n⁰ **18**, la préférence sur l'art. 28, 2⁰, nous arrivons à la conclusion que le juge suisse du lieu du domicile sera appelé à dire si la femme mariée étrangère est capable et si l'enfant étranger est mineur, d'après la loi de leur pays d'origine.

Chapitre V.

Etat civil (Art. 8).

29. La teneur de l'art. 8 a à peine besoin d'être modifiée pour s'adapter aux étrangers:

Art. 8. *L'état civil d'une personne, notamment sa filiation légitime ou illégitime, la reconnaissance volontaire ou l'adjudication des enfants naturels et l'adoption, est soumis à la législation et à la juridiction du lieu d'origine.*

Dans ces cas le pays d'origine est celui de l'époux, du père ou de l'adoptant.

Tout le domaine de l'état civil pur est soumis au droit d'origine. Il ne saurait en être autrement; et si envers les étrangers une partie des arguments qui pouvaient être invoqués à l'égard des Suisses établis tombent ou perdent partiellement leur portée, la considération fondamentale subsiste entière, à savoir que ces institutions ont un caractère de droit public, que le domicile ne saurait avoir d'influence sur leur réglementation, et que, puisque en général l'attribution du droit de cité est en question, c'est l'Etat d'origine, seul maître de ce droit, qui peut l'accorder ou le refuser à l'exclusion de tout autre. Ce raisonnement est plus fort encore peut-être à l'égard des étrangers; il serait inadmissible que la Suisse pût, d'après sa législation, déclarer tel individu (domicilié en Suisse) ressortissant d'un Etat étranger, alors que

cet Etat, de par son droit, lui refuse absolument sa nationalité (Thèse p. 113).

Il nous est impossible d'entrer dans l'examen des diversités infinies que peuvent présenter les législations étrangères. Remarquons seulement que pour déterminer quelle sera la loi applicable au rapport juridique en question il ne faudra pas s'inquiéter de la nationalité que l'enfant peut avoir de par sa mère ou de par sa naissance (enfant né en Angleterre); la disposition de l'art. 8 s'appliquera dès que l'époux, le père ou l'adoptant, du statut duquel il s'agit, sera étranger domicilié en Suisse, et quelle que soit la nationalité de l'autre partie. Si le père, la mère et l'enfant sont tous trois intéressés dans le litige, c'est la loi d'origine du père qui fera règle.

Sauf pour l'adoption (argument du terme allemand „adoptierender Person,“ homme ou femme) l'alinéa 2 de l'art. 8 ne s'occupe pas du cas où la mère et l'enfant sont seuls en jeu. En Suisse ce ne sera qu'exceptionnel, l'enfant suivant de plein droit l'origine de sa mère. Il peut en être autrement dans les législations étrangères; que ce soit alors la mère qui légitime ou reconnaisse, ou l'enfant qui recherche sa mère, ce sera, par analogie, la loi d'origine de celle-ci qui fera règle. Il est naturel que ce soit la loi de celui, père ou mère, de la filiation duquel il s'agit, qui régisse cette question de statut.

Mais, pour que le renvoi à la législation et à la juridiction étrangère soit admissible en vertu de l'art. 8, il faut qu'il se pose une question d'état civil proprement dit, c'est-à-dire une question dont la solution puisse modifier l'état civil de l'enfant ou sa situation au sein de la famille. Si ce n'est qu'une action en prestation alimentaire intentée au père ou à la mère, sans influence sur la question de la paternité ou de la maternité, elle n'est pas régie par l'art. 8 mais par l'art. 9 al. 2, ce qui du reste au point de vue de la législation revient au même. Si ce n'est plus qu'une action ordinaire en dommages-intérêts, elle est soumise aux prescriptions de la loi territoriale sur le droit des obligations, et la juridiction du domicile, d'après l'art. 59 de la Constitution fédé-

rale qui ne fait de réserve que pour les dispositions des traités internationaux, est compétente pour la trancher.

30. En résumé l'art. 8 s'appliquera aux étrangers comme aux Suisses. Ce principe a été sanctionné par la jurisprudence.[1]

Il peut en résulter une conséquence fâcheuse pour les étrangers, au point de vue de la juridiction. Pour les Suisses le législateur, en les déclarant soumis à la juridiction de leur canton d'origine, abroge toute disposition contraire qui pourrait être contenue dans la loi de ce canton (art. 39, Thèse p. 302), mais il n'a pu en faire autant pour les lois étrangères. Si l'Etat étranger auquel la contestation est renvoyée déclare sa juridiction incompétente et le tribunal du domicile (c'est-à-dire le tribunal suisse) seul juge du cas, un conflit de juridiction *négatif* se produira, et justice ne pourra être rendue à l'étranger. Cette conséquence aurait pu être évitée si le juge suisse avait été reconnu compétent; mais appliquer la loi étrangère, ce qui eût été indispensable, aurait été pour lui en pareille matière une tâche hérissée de difficultés. D'ailleurs un Etat étranger aurait pu se refuser à reconnaître le jugement rendu en Suisse, et la situation de l'étranger n'en eût guère été améliorée.

Chapitre VI.

Puissance paternelle (Art. 9).

31. Art. 9. *La puissance paternelle est régie par la loi du lieu de domicile.*

L'obligation alimentaire fondée sur la parenté est régie par la loi du lieu d'origine de la personne qui doit les aliments.

Cet article reste entièrement le même pour les étrangers.

La puissance paternelle touche à l'ordre public interne; chaque Etat peut établir une organisation spéciale en vue

---

[1]) Arrêts de la Cour de justice de Genève, E. c. De E., du 26 novembre 1892 (*Semaine judiciaire 1983,* p. 5); — V. C. c. M., du 3 novembre 1894 (*Sem. jud. 1895,* p. 12); — jugement du Tribunal de première instance, B. c. P. G., du 6 juin 1893 (*Sem. jud. 1893,* p. 626).

d'exercer un certain contrôle sur la manière dont le père (ou la mère) traite son enfant (droit de correction, par exemple), et dont il administre ses biens. En fait plusieurs Etats le font, et il n'y avait pas de raison suffisante pour que cette protection accordée aux enfants de ressortissants suisses ne s'étendît pas également aux mineurs étrangers. La loi territoriale devait donc faire règle en pareille matière.

32. L'obligation alimentaire, par contre, sera régie par la loi d'origine. En ce qui concerne les Suisses, le législateur, ayant moins à s'occuper de l'ordre public puisqu'il ne s'agissait plus que d'un droit sur la fortune et non sur la personne, a fait choix de cette loi d'origine en considération de l'organisation de la commune en Suisse, dont l'obligation alimentaire envers ses ressortissants est parfois solidaire ou tout au moins complémentaire de celle des parents, et qui est directement intéressée par conséquent à ce que ces derniers accomplissent leurs devoirs. — Le même argument ne vaut pas en droit international. Mais la raison de l'application de la loi d'origine nous semble ressortir de la nature même de l'obligation alimentaire: celle-ci — l'art. 9 al. 2 le dit lui-même — a pour fondement et pour justification le lien de parenté. Or la parenté dérive de la filiation légitime ou illégitime, laquelle est soumise à la loi d'origine par l'art. 8; il nous paraît donc naturel que l'obligation alimentaire qui a pour cause la parenté soit régie également par la loi d'origine, c'est-à-dire pour nous, par le droit de l'étranger qui doit les aliments.

Bien que l'obligation alimentaire soit rangée par notre loi sous la rubrique de la puissance paternelle, nous croyons qu'il ne s'agit pas seulement de celle qui existe entre parents et enfants, mais aussi de celle qui peut exister entre alliés et entre époux (Thèse p. 127). Pour les uns comme pour les autres cette obligation a sa source dans le mariage; le Code Napoléon la considère comme une des „Obligations qui naissent du mariage“ (art. 61 et ss.). Elle doit donc être régie par la même loi que celle qui domine le mariage et ses effets, c'est-à-dire, pour les étrangers par leur loi nationale.

33. L'art. 9 al. 2 ne contient pas de prescription quant à la juridiction; en vertu de l'art. 2 c'est au for du domicile que devra s'ouvrir l'action; au contraire en vertu de l'art. 28, 2° c'est la juridiction d'origine qui est compétente. En ce domaine de bons arguments pourraient être invoqués en faveur de l'une ou de l'autre solution. Mais nous avons déjà dit qu'il ne nous paraissait pas que l'art. 28, 2°, spécial aux Suisses à l'étranger, pût être étendu aux étrangers en Suisse; et bien que son extension à ces derniers eût évité au juge suisse l'application d'une loi étrangère, nous croyons que c'est l'art. 2 qui doit prévaloir tant pour des considérations tenant à l'interprétation générale de la loi et de son article 32 relatif aux étrangers,[1]) que pour la raison spéciale qu'un intérêt pécuniaire étant ici seul en jeu, le renvoi à la juridiction de l'origine ne se justifie pas aussi bien qu'en matière d'état civil. Ainsi sera évité le conflit *négatif* de juridiction qui aurait pu se produire en ce domaine.

Selon nous donc, l'action en prestation alimentaire sera intentée, pour les étrangers comme pour les Suisses, devant le juge du canton où est domiciliée la personne qui doit les aliments, mais elle sera jugée, sous réserve de l'ordre public, d'après le droit d'origine de cette dernière, quelle que soit d'ailleurs la nationalité de celui qui réclame les aliments.

Chapitre VII.

Tutelle (Art. 10—18, 29, 30, 33).

34. Le titre III que nous étudions renferme une disposition spéciale pour la tutelle des étrangers.

Art. 33. *La tutelle constituée en Suisse pour un étranger doit être remise à l'autorité compétente du lieu d'origine, sur la demande de celle-ci, à condition que l'Etat étranger accorde la réciprocité.*

---

[1]) Voir notre chapitre II § 2, en particulier n° 18.

Le projet du Conseil fédéral du 28 mai 1887 renfermait à cet égard une disposition plus explicite encore dans son art. 25, al. 1:

„Lorsque la mise sous tutelle d'un étranger paraît nécessaire en conformité de la loi du canton de domicile, l'autorité locale compétente doit y pourvoir et en donner avis à celle du pays d'origine. La tutelle sera remise à cette dernière, si elle la demande.“

Cet article affirmait nettement, d'une part, l'application de la loi du domicile pour déterminer s'il y avait lieu ou non à tutelle, d'autre part, l'obligation pour l'autorité du domicile de constituer la tutelle. En outre cette autorité était expressément tenue de donner avis de cette constitution à l'autorité du pays d'origine, et, à la demande de cette dernière, de lui remettre la tutelle, sans autre condition.

La Commission du Conseil national adopta dans sa séance du 5 juin 1888 l'art. 25, al. 1 du projet de 1887 sans en modifier les termes. Elle décida que la loi, dans la teneur qu'elle venait de recevoir, servirait de base à la discussion du Conseil national, tout en chargeant MM. Forrer et Weber de revoir certaines propositions de rédaction et d'en tirer parti, s'il y avait lieu. Or dans le projet que 8 jours après, le 12 juin 1888, M. Forrer présentait au Conseil national, l'art. 25 voté par la Commission n'existe plus, il est remplacé par une seule phrase, jointe à la règle générale relative aux étrangers, et se bornant à spécifier l'obligation de transmettre la tutelle à l'autorité du lieu d'origine, sur sa demande. Le Conseil national, le 19 juin 1888, accepta cette rédaction, et le Conseil des Etats, le 2 décembre 1890, reproduisit cette simple prescription en la subordonnant à la condition que l'Etat étranger accorde la réciprocité. Les Chambres maintinrent tel quel ce principe, et leur décision finale des 10 et 17 avril 1891 se trouva donc ainsi formulée:

Art. 28 *(in fine)*: „La tutelle doit être transmise, sur sa demande, à l'autorité du lieu d'origine, à condition que l'Etat étranger accorde la réciprocité.“

35. En donnant à cette règle sa teneur actuelle et en

en faisant l'objet d'un article séparé (Art. 33), le Conseil fédéral, chargé de revoir simplement le texte de la loi au point de vue de sa rédaction, introduisit implicitement, par l'adjonction des mots „constituée en Suisse,“ la prescription du projet de 1887, c'est-à-dire l'obligation pour l'autorité du domicile d'organiser la tutelle des étrangers. Il a estimé probablement (son message du 8 juin 1891 restant muet à cet égard) que cette prescription était sous-entendue dans l'article voté par les Chambres, parce qu'elle découlait de l'application par analogie aux étrangers des articles 10 et suivants sur la tutelle des Suisses établis, mais qu'il y avait lieu de la rappeler en trois mots.

C'est le sens qui, croyons-nous, doit être attribué à la règle de l'art. 33. Nous irons même plus loin et nous dirons que, conformément aux termes de l'art. 25 proposé par le Conseil fédéral en 1887, c'est d'après la loi du domicile qu'il faudra examiner si la constitution de la tutelle d'un étranger paraît nécessaire. Nous y sommes autorisé par la manière dont s'est opérée la modification de cet ancien article 25; elle est due (**34**) à MM. Forrer et Weber qui ne devaient que revoir la rédaction de la loi et non en changer le sens; s'ils lui ont donné une forme plus concise, mais moins claire, c'est qu'ils ont vraisemblablement jugé inutile de répéter pour les étrangers une règle émise pour les Suisses (tutelle régie *exclusivement* par la loi du domicile) et déclarée applicable par analogie aux étrangers. Le Tribunal fédéral a déclaré expressément que tel était le sens de l'art. 33, dans son arrêt du 7 juillet 1893.[1])

Ce sera donc la loi du domicile de l'étranger, c'est-à-dire la loi suisse, qui déterminera s'il y a lieu d'instituer une tutelle, et ce sera l'autorité du lieu de domicile qui sera chargée d'y pourvoir. L'art. 33 ne l'oblige plus à avertir l'autorité du lieu d'origine (**41**), mais elle devra lui remettre la tutelle si l'Etat dont l'étranger est ressortissant accorde la réciprocité.

Nous nous trouvons, grâce à l'article 33, en présence d'une réglementation spéciale de la tutelle constituée pour les

---

[1]) Dame G. contre G., *Semaine judiciaire 1893*, p. 656.

étrangers domiciliés en Suisse, et les dispositions de notre loi relatives à la tutelle, contenues dans les Titres I et II, ne peuvent s'appliquer que subsidiairement et seulement si elles ne sont pas en contradiction avec cet art. 33. Il nous faut par conséquent rechercher quelle est la portée de cet article, et quelles sont les autres règles qui peuvent subsister à côté de lui. Nous raisonnons d'abord dans l'hypothèse que le motif de la tutelle a pris naissance en Suisse.

§ 1. Principes généraux applicables à la tutelle des étrangers.

36. Le principe territorial est proclamé pour la tutelle des étrangers comme pour celle des Suisses. Il faut examiner si l'art. 10 qui fait règle pour ces derniers peut être déclaré entièrement applicable aux étrangers. Il est ainsi conçu:

Art. 10. *La tutelle est régie exclusivement par la loi du domicile de la personne mise ou à mettre sous tutelle. Sont réservées les dispositions des art. 12—15.*

Sans parler de cette dernière réserve dont nous aurons à apprécier la valeur, cet article va plus loin que l'art. 33; on peut dire en effet, par argument de l'adverbe „exclusivement," qu'il contient implicitement le principe de l'unité et de l'indivisibilité de la tutelle, car on concevrait difficilement l'application d'une seule et même loi si l'administration de la tutelle devait se répartir entre l'autorité d'origine et celle du domicile, ou si elle devait se diviser en tutelle personnelle et en tutelle pécuniaire, c'est-à-dire surveillance de la personne d'un côté et administration des biens de l'autre.

L'art. 10 fait donc pressentir à la fois l'art. 18 qui, avec un seul mot changé, devient pour les étrangers:

Art. 18. *La tutelle ne peut être exercée simultanément dans le pays de domicile et dans celui d'origine,* — unité de la tutelle —

et l'art. 11. *La tutelle, dans le sens de la présente loi, comprend tant les soins à donner aux personnes placées sous tutelle que l'administration de leurs biens* — indivisibilité de la tutelle. —

Ces deux principes doivent-ils s'étendre à la tutelle constituée en Suisse pour les étrangers? Nous le croyons, en vertu

de cette règle que toutes les dispositions de la loi qui ne sont pas en opposition avec celles du Titre III doivent être appliquées par analogie aux étrangers. La teneur de l'art. 33 vient à l'appui de notre raisonnement: ou bien la tutelle est exercée par l'autorité du domicile, ou bien sur la demande de l'autorité du lieu d'origine elle lui est remise; c'est donc soit l'une soit l'autre qui exercera la tutelle, mais elles ne pourront s'en partager les fonctions. Nous croyons que le législateur a voulu exclure pour les étrangers comme pour les Suisses le système d'une double tutelle, qui ne pouvait que faire naître des conflits et qui, en entraînant peut-être le fractionnement de l'administration, aurait presque inévitablement été préjudiciable à l'incapable.

Ainsi donc pour les étrangers, tant qu'ils seront domiciliés en Suisse, comme pour les Suisses établis, la tutelle sera une et indivisible, et régie exclusivement par la loi du domicile, c'est-à-dire quant à sa gestion et à son extinction, quant à la nomination du tuteur, ses fonctions, sa responsabilité, sa destitution, etc. Il est vrai que la Suisse ne peut empêcher l'Etat étranger d'instituer de son côté une tutelle à son ressortissant, mais, si cet Etat accorde la réciprocité, il n'aura qu'à demander que la tutelle constituée en Suisse lui soit remise pour que toute dualité cesse, l'autorité suisse du domicile étant tenue de faire droit à sa requête.

Cet art. 10 que nous venons d'analyser par rapport aux étrangers, et dont nous avons tiré une double conséquence, parle de la personne mise ou à mettre sous tutelle. Nous ne nous occupons pour le moment, comme nous l'avons dit, que du cas où il s'agit d'une personne à mettre sous tutelle, c'est-à-dire de la constitution d'une tutelle (art. 33); nous examinerons l'autre plus loin (**46**).

37. Une conséquence du principe de l'unité de la tutelle, que nous avons admis pour les étrangers, est formulée par l'art. 17, qui doit donc leur être déclaré applicable. Il n'a pas à subir de substitution de mots:

Art. 17. *Quand l'autorité tutélaire autorise le changement de domicile de la personne placée sous tutelle, le droit et l'obligation*

d'exercer la tutelle passent à l'autorité du nouveau domicile, et c'est à cette dernière que la fortune de la dite personne doit être remise.

Il ne peut s'agir que d'un changement de domicile à l'intérieur de la Suisse; si l'étranger quitte la Suisse, la seule raison que le législateur avait d'émettre des prescriptions à son égard, à savoir le fait de son domicile en Suisse, tombe, et la loi suisse cesse absolument de le régir. Mais à l'intérieur de la Suisse, l'incapable et son tuteur peuvent changer de domicile et s'établir dans un autre canton; cela ne suffira pas pour que le domicile dans le sens de la loi, c'est-à-dire le domicile attributif de législation, soit changé, et que la tutelle soit soumise à la loi du nouveau canton où se sont établis l'incapable et son tuteur.

Il faudra pour cela que l'autorité tutélaire, au siège de laquelle est le domicile des personnes sous tutelle d'après l'art. 4, al. 3 de la loi, consente au changement de domicile. Son consentement implique, d'après l'art. 17, l'abandon de ses pouvoirs tant sur la personne que sur les biens de l'incapable, en un mot la remise complète de la tutelle à l'autorité du canton où elle permet à l'incapable d'être dorénavant domicilié. Sans cette autorisation le lieu de séjour de l'incapable serait bien changé, mais la même législation lui resterait applicable.

38. Le terme „autorité tutélaire“ que nous rencontrons ici peut subir la même définition à l'égard des étrangers qu'à l'égard des Suisses établis, puisque nous nous occupons de la tutelle constituée en Suisse et d'après la loi suisse à un étranger qui y est domicilié. Nous pouvons donc nous borner à répéter (Thèse p. 139 et ss.) qu'à notre avis l'autorité tutélaire que le législateur a eu en vue, est un organe qui doit participer en une certaine mesure à la gestion de la tutelle, exercer seul ou avec d'autres une surveillance quelconque sur le tuteur, donner dans des cas déterminés une autorisation dont le tuteur ne peut se passer pour agir. Ce n'est que s'il existe un organisme revêtu de fonctions de ce genre qu'il peut être question, à proprement parler, d'autorité tutélaire. Un

tribunal qui serait simplement chargé de nommer un tuteur ou un conseil et qui, n'ayant plus à intervenir dans la suite, pourrait se désintéresser entièrement de la gestion de la tutelle, ne semble pas pouvoir être considéré comme une autorité tutélaire compétente. Cependant le Tribunal fédéral a donné un sens très large à ce terme d'autorité tutélaire dans son arrêt du 29 nov. 1893. [1])

En outre pour que l'art. 17 s'applique, il faut que l'étranger soit véritablement incapable et non pas seulement assisté, et qu'en conséquence il ait son domicile, en matière de législation applicable, au siège de l'autorité tutélaire (**20**).

39. Une question très délicate qui se pose pour les étrangers et dont il est temps d'aborder l'examen est celle de savoir quelle est la portée, l'étendue du terme „tutelle" employé par la loi, quelles sont les divers espèces de tutelle que le législateur a entendu soumettre à la loi territoriale.

A l'égard des Suisses, nous basant sur l'impossibilité d'introduire des exceptions, forcément arbitraires en l'absence de distinction légale, nous avons donné à ce terme le sens le plus large, et opiné en faveur de l'application de la loi du domicile à toute tutelle quels que soient les noms qu'on lui donne, ou les motifs qui la font établir.

A l'égard des étrangers, il y a cette grosse différence que leur capacité reste régie par leur loi d'origine. Pour les femmes mariées, 1ère classe d'incapables, nous avons tranché la question (**24**). Pour les mineurs ce sera leur loi d'origine qui fixera la durée de la minorité; mais pendant tout le temps de leur minorité la tutelle, si elle est constituée en Suisse, sera régie par la loi du domicile; c'est le cas le plus naturel et celui auquel la règle contenue implicitement dans l'art. 33 doit s'appliquer.

Mais qu'en sera-t-il de la 3me classe d'incapables, les interdits? On pourrait fort bien soutenir que l'interdiction, la mise sous conseil judiciaire, etc., étant des restrictions de la capacité civile, doivent être soumises à la même loi que la

[1]) Leuzinger contre Etat de Berne, *Semaine judiciaire 1893*, p. 52.

capacité civile, c'est-à-dire à la loi d'origine; qu'en tout cas cette loi devrait déterminer les causes de l'interdiction, et que la tutelle seule, instituée en vertu de cette déclaration d'incapacité, sera régie par la loi du domicile. Nous serions tenté de partager cette manière de voir, mais nous sommes obligé de nous incliner devant un arrêt du Tribunal fédéral du 7 juillet 1893[1]) qui déclare formellement que la réserve de l'art. 34 n'a pas trait à l'interdiction, que la volonté du législateur a été de soumettre à cet égard les étrangers comme les Suisses à la loi du domicile, et que c'est cette loi, à l'exclusion de la loi d'origine, qui doit régir à la fois la déclaration d'incapacité totale ou partielle et la mise sous tutelle des étrangers. Ainsi ces derniers seront soumis à la loi du domicile comme les Suisses, et c'est d'après elle que s'apprécieront les motifs de mise sous tutelle, sans qu'il y ait à considérer si la loi d'origine reconnaît ou non tel motif admis en Suisse, ou inversement si elle admet un motif non reconnu en Suisse. Il en sera ainsi même s'il ne s'agit que d'une protection limitée (cas de prodigalité, à propos duquel l'arrêt cité ci-dessus a été rendu) ou d'une simple administration, et que de ce fait l'art. 17 se trouve inapplicable (**38** *in fine*). Les étrangers seront régis par toutes les dispositions de la législation cantonale de leur domicile, émises en vertu de l'art. 5 de la loi fédérale du 22 juin 1881 (énumération des causes pour lesquelles l'incapacité peut être déclarée).

§ 2. Droits de l'autorité du pays d'origine.

40. Recherchons maintenant quels sont les droits de l'autorité de l'origine vis-à-vis de l'autorité du canton de domicile où a été constituée la tutelle d'un étranger.

Et d'abord, quelle sera cette „autorité compétente du lieu d'origine,“ dont parle l'art. 33? Il nous faudra la déterminer d'après la même définition que celle dont nous nous sommes servis à l'égard de l'autorité tutélaire du domicile (**38**). Ce qualificatif „compétent“ ne figurait pas dans la rédaction

---

[1]) Dame G. contre G., *Semaine judiciaire 1893*, p. 652.

votée par les Chambres; il n'a été introduit que dans la dernière refonte du texte par le Conseil fédéral, qui déclare dans son message que le mandat qui lui a été confié de procéder à une simple revision du texte „n'a jamais été outrepassé.“ Il ne faut donc pas attribuer à ce mot le sens de „qui serait compétente d'après la loi d'origine,“ car en le faisant on stipulerait une condition non prévue dans le texte voté, et dont il serait d'ailleurs difficile de constater la réalisation. Qui, en effet, serait juge de cette compétence, et qui aurait le droit de la dénier à l'autorité d'origine? Il faut simplement entendre par ce terme l'autorité qui, parmi les autorités tutélaires de même degré qui peuvent exister dans le pays d'origine, aurait eu à s'occuper de la tutelle de l'étranger si celui-ci était encore dans son pays d'origine (Thèse p. 152 et 153).

41. Les art. 12—15 énumèrent les droits qui peuvent compéter à cette autorité d'origine.

Art. 12. *L'autorité tutélaire du domicile est tenue d'informer l'autorité du lieu d'origine de la constitution ou de la mainlevée de la tutelle, ainsi que du changement de domicile de la personne sous tutelle; elle doit également fournir à cette autorité tous les renseignements que celle-ci lui demandera au sujet de la tutelle.*

Ces diverses obligations prescrites à l'autorité du domicile lui sont-elles également imposées par analogie envers de l'autorité du pays dont l'étranger à mettre sous tutelle est ressortissant? Nous le croyons; les mêmes raisons qui ont déterminé le législateur à restreindre ainsi l'autonomie de l'autorité du domicile et à conférer certains droits de surveillance à celle de l'origine existent pour les étrangers comme pour les Suisses. Ces raisons sont même plus fortes encore en droit international, car en matière de tutelle le principe territorial n'est pas universellement reconnu (convention franco-suisse de 1869, art. 10), et les droits conférés à l'autorité d'origine sont une concession faite au principe de nationalité.

En ce qui concerne particulièrement l'obligation de donner avis de la constitution de la tutelle à l'autorité du lieu d'origine, le projet du Conseil fédéral du 28 mai 1887 la spécifiait quant aux étrangers (**34**); elle n'a pas été réintro-

duite dans le projet de la Commission du Conseil national probablement pour la raison générale que c'était une des dispositions de la loi déclarées applicables par analogie aux étrangers, et qu'elle n'avait pas plus besoin que les autres d'être formulée expressément.

Cet art. 12 s'appliquera donc aux étrangers, et l'autorité du domicile devra donner avis à celle du pays d'origine de la constitution et de la mainlevée de la tutelle, ainsi que du changement de domicile, qui entraîne le changement d'autorité tutélaire (art. 17, 37). Il n'est question ici, en réalité, que du changement de domicile à l'intérieur de la Suisse; mais si l'étranger quitte la Suisse du consentement de l'autorité tutélaire du domicile, celle-ci pourra bien être tenue, en vertu de l'art. 12, d'annoncer son départ à l'autorité d'origine, qui a intérêt à savoir que la tutelle ne s'exerce plus en Suisse.

Enfin l'autorité d'origine peut obtenir de l'autorité du domicile tous les renseignements qu'elle désire au sujet de la tutelle.

42. En vertu du même raisonnement que précédemment l'art. 13 s'appliquera aussi, par analogie, aux étrangers.

Art. 13. *Lorsqu'il y a lieu, en application de l'art. 49, 3me alinéa, de la Constitution fédérale, de disposer de l'éducation religieuse d'un enfant sous tutelle, l'autorité tutélaire du lieu du domicile est tenue de demander à ce sujet des instructions à l'autorité tutélaire du lieu d'origine et de s'y conformer.*

Mais elle ne le devra que si la loi du domicile, toujours exclusivement applicable, permet à l'autorité tutélaire d'intervenir de quelque manière dans l'éducation religieuse de l'enfant.

43. Art. 14. *L'autorité compétente du pays d'origine a le droit de provoquer auprès des autorités compétentes du pays de domicile la mise sous tutelle de ses ressortissants domiciliés dans ce dernier pays. Les autorités ainsi requises sont tenues de donner suite à la demande si la mise sous tutelle paraît justifiée en conformité du droit du lieu du domicile.*

Avec la substitution du mot „pays“ à celui de „canton,“ cet article doit s'étendre aux étrangers, car il n'est point incompatible avec la règle générale de l'art. 33.

Toutes les remarques que nous avons faites dans l'étude du Titre I, quant à l'exercice et à l'étendue de ce droit de l'autorité d'origine de faire mettre ses ressortissants sous tutelle, peuvent être répétées ici, *mutatis mutandis*. Nous y renvoyons donc simplement (Thèse p. 148—153).

44. Au contraire l'art. 15 ne nous paraît aucunement applicable aux étrangers:

Art. 15. *Lorsque l'autorité du lieu d'origine compromet ou n'est pas en mesure de sauvegarder suffisamment les intérêts personnels ou pécuniaires de la personne placée sous tutelle, ou les intérêts de sa commune d'origine, ou lorsque l'autorité du domicile ne se conforme pas, en ce qui concerne l'éducation religieuse d'un enfant, aux instructions données par l'autorité du lieu d'origine, celle-ci peut exiger que la tutelle lui soit cédée.*

Ce droit de se faire céder la tutelle qui échoit à l'autorité d'origine, est soumis à des conditions précises, en ce qui concerne les Suisses; ce n'est que dans certains cas qu'il peut être exercé. Quant aux étrangers, l'art. 33 dit que la tutelle doit être remise à l'autorité d'origine sur sa demande, à la seule condition que l'Etat étranger accorde la réciprocité. Il suffit, d'après ce texte, que l'étranger appartienne à un pays qui, en vertu d'un traité ou de par sa législation, userait, cas échéant, du même procédé vis-à-vis de la Suisse, c'est-à-dire lui remettrait sur sa demande la gestion d'une tutelle constituée sur un Suisse établi dans le pays, pour que l'autorité suisse du domicile soit tenue d'obtempérer à la requête de l'autorité d'origine et de se dessaisir en sa faveur de la tutelle. Soumettre à d'autres conditions l'exercice de ce droit, exiger comme le fait l'art. 15 que l'intérêt de l'incapable réclame de quelque manière que ce soit cette cession, serait violer l'art. 33 en limitant arbitrairement le droit de l'autorité étrangère.

Ainsi donc, alors même que cette cession serait contraire aux intérêts du mineur, — ce qui pourrait fort bien arriver soit parce que le tuteur établi en Suisse échapperait à la surveillance de l'autorité tutélaire de l'origine, soit parce que le tuteur établi à l'étranger rencontrerait des difficultés,

provenant de son éloignement, à bien administrer la tutelle, même alors, la tutelle devrait être remise à l'autorité d'origine sur sa demande, à la seule condition de réciprocité.

Le législateur se montre plus large envers l'autorité d'origine étrangère qu'envers l'autorité cantonale d'origine. Il y a été probablement poussé — le message du Conseil fédéral du 28 mai 1887 le laisse entendre — parce que le principe de nationalité en matière de tutelle avait encore beaucoup d'adeptes en droit international, et qu'il convenait d'y faire une concession, justifiée d'ailleurs à certains égards par la différence qui peut exister entre les rapports intercantonaux et les relations internationales.

On concevrait aisément qu'un Etat, partisan de ce principe de nationalité et par conséquent disposé à laisser les Suisses sur son territoire régis par leur loi d'origine, comme ses ressortissants doivent l'être à l'étranger, refusât de reconnaître la tutelle constituée en Suisse, [1]) et exigeât que la tutelle lui soit remise; l'autorité du domicile ne pourrait s'y refuser.

Ce droit de l'autorité d'origine peut donc servir de sanction à l'accomplissement des devoirs qui incombent à l'autorité du domicile envers elle (art. 12—14).

Cette remise de la tutelle à l'autorité du pays d'origine aura pour effet de transporter le domicile de l'incapable au siège de l'autorité tutélaire (art. 4, al. 3), c'est-à-dire dans son pays d'origine. D'où la conséquence particulière que l'étranger n'étant plus domicilié en Suisse, ne se trouvera plus au nombre des personnes que vise le Titre III de notre loi. L'autorité d'origine sera chargée d'exercer la tutelle à l'exclusion de toute autre; l'autorité du domicile de fait en Suisse n'aura plus aucun pouvoir ni aucune fonction; l'abandon de la tutelle à l'autorité d'origine doit être complet, c'est-à-dire comprendre les soins à donner à la personne et l'administration des biens (art. 11), sauf à cette autorité à répartir les diverses fonctions de la tutelle à plu-

[1]) Le cas s'est présenté pour un Italien, *Feuille fédérale 1891*, II, 396.

sieurs autorités locales, si la loi d'origine l'y autorise. Autrement il y aurait en quelque sorte deux tutelles dans deux pays différents, ce qui serait incompatible avec le principe admis de l'unité et de l'indivisibilité de la tutelle.

La tutelle ne sera naturellement plus soumise à la loi suisse mais bien à la législation et à la juridiction du pays d'origine de l'incapable. En effet l'application de la loi d'origine s'impose; l'incapable n'ayant plus en Suisse de domicile attributif de législation et de juridiction (art. 4, al. 3) ne tombera plus sous le coup de notre loi, et sera fictivement considéré au point de vue de la législation et de la juridiction comme étant encore dans son pays d'origine. Du reste, en vertu même de notre loi qui proclame le principe territorial en matière de tutelle, l'incapable domicilié, d'après notre loi même, dans son pays d'origine doit être soumis au principe territorial, c'est-à-dire à sa loi d'origine.

L'autorité d'origine qui s'est fait céder la tutelle ne pourra plus la rendre à l'autorité suisse qui l'avait constituée. Il lui sera loisible, si bon lui semble et si la loi d'origine le lui permet, de nommer un nouveau tuteur; mais nous ne croyons pas que le changement de tuteur soit une conséquence nécessaire de la cession de la tutelle. Le tuteur existant pourra donc rester en charge, mais ses pouvoirs seront déterminés par la loi d'origine, seule applicable. Il est possible que cette loi déclare l'incapable domicilié chez son tuteur; celui-ci résidera peut-être en Suisse; néanmoins, aux yeux de notre loi, c'est-à-dire au point de vue de la législation et de la juridiction, l'incapable sera domicilié au siège de l'autorité tutélaire de son pays d'origine.

Remarquons encore que ce droit de se faire céder la tutelle n'est accordé qu'à l'autorité tutélaire de l'origine, c'est-à-dire à un organisme tel que nous l'avons défini plus haut (**38**), et que, par conséquent, il faut qu'il y ait deux autorités tutélaires en présence, celle du domicile et celle de l'origine. Cette condition semble exclure la cession de la tutelle du prodigue, si l'une ou l'autre des législations suisse ou étrangère se borne à prévoir la nomination, à la requête seulement des

intéressés, d'un conseil judiciaire au prodigue, sans qu'aucune autorité soit chargée de surveiller l'assistance dont le prodigue est l'objet. En tout cas de sérieuses difficultés peuvent naître si cette divergence entre deux législations existe.[1])

De même la tutelle ne pourra être remise à l'autorité d'origine quand elle se confondra avec la puissance paternelle, soumise à la loi du domicile, ou qu'elle s'exercera concurremment avec elle; ces deux fonctions sont inséparables, et, à notre avis, la puissance paternelle doit l'emporter sur la tutelle **(20)**.

Enfin ce n'est que l'autorité du pays d'origine qui pourra exercer ce droit qui lui est accordé comme une concession faite au principe de nationalité, et non pas l'autorité tutélaire du pays dont l'étranger n'est pas ressortissant, mais où il aurait été domicilié avant de venir en Suisse; cette autorité n'aurait plus aucun titre pour prétendre à la gestion de la tutelle.

45. L'article 16, qui prévoit la compétence du Tribunal fédéral pour trancher en dernier ressort les contestations entre l'autorité de l'origine et celle du domicile, ne peut s'appliquer que partiellement aux étrangers.

Art. 16. *Les contestations sur les demandes et réquisitions faites, en vertu des articles 14 et 15, par l'autorité d'origine sont jugées, à l'instance de cette autorité, en dernier ressort par le tribunal fédéral siégeant comme cour de droit public. Le président du tribunal fédéral ordonnera, s'il y a urgence, des mesures provisionnelles pour la sauvegarde des intérêts compromis.*

Des conflits pourront naître au sujet d'une demande de mise sous tutelle adressée en vertu de l'art. 14 par l'autorité d'origine à l'autorité du domicile, qui se refuserait à obtempérer; l'autorité d'origine pourra s'adresser alors au Tribunal fédéral. En revanche l'art. 15, qui peut être une source féconde de discussions à l'intérieur de la Suisse, ne peut pas en susciter à l'égard des étrangers puisqu'il est inapplicable à ces

---

[1]) Jugement du Tribunal de première instance de Genève du 29 février 1894, Dᵉ Leuzinger contre Leuzinger, *Semaine judiciaire 1894*, p. 203.

derniers; et l'art. 33 qui l'abroge ne peut donner lieu à des contestations que sur la question de savoir si l'Etat étranger accorde réellement la réciprocité, seule condition à laquelle le droit, pour l'autorité d'origine, de se faire remettre la tutelle soit subordonné.

46. Nous avons raisonné dans les deux paragraphes précédents dans l'hypothèse que la cause de la mise sous tutelle avait pris naissance en Suisse, et que la tutelle devait y être constituée (**35** *in fine*). Si maintenant il s'agit d'une tutelle instituée dans le pays d'origine de l'étranger, et que ce soit postérieurement à la mise sous tutelle que l'incapable étranger vienne fixer son domicile en Suisse, ce sera, croyons-nous, l'autorité d'origine qui continuera à exercer la tutelle, et non pas l'autorité du domicile qui sera tenue de prendre en mains la tutelle pour lui appliquer la loi territoriale.

Nous nous appuyons pour cela sur les termes de l'art. 33 qui ne parle que de la tutelle *constituée* en Suisse et non de celle qui a été établie en pays étranger sur un incapable étranger venant ensuite habiter la Suisse. S'il en était autrement, et si cette tutelle devait tomber sous le coup de la loi suisse, il faudrait reconnaître à l'autorité d'origine le droit de se faire céder la tutelle, si la condition de réciprocité est remplie. Le changement de régime que subirait la tutelle, lors de l'entrée de l'étranger en Suisse, pourrait donc être rendu immédiatement illusoire par la demande de l'autorité d'origine. En outre nous pouvons raisonner par analogie, et appliquer aux étrangers venant en Suisse les règles émises pour les Suisses se rendant à l'étranger par l'art. 29, dans le Titre II.

Cet article devient pour les étrangers:

Art. 29, al. 1. *Lorsqu'un étranger placé sous tutelle quitte son pays d'origine* (— nous sous-entendons: pour venir habiter en Suisse —), *l'autorité tutélaire qui jusqu'alors avait exercé la tutelle continue à l'exercer tant que subsiste le motif de la mise sous tutelle.*

De même que l'autorité tutélaire d'un canton suisse qui a institué la tutelle en Suisse poursuit ses fonctions à l'étranger où le Suisse se transporte, tant que d'après la loi suisse,

applicable à la tutelle, subsiste la cause de la tutelle, de même, si nous admettons que le législateur a voulu instituer un traitement réciproque pour les étrangers, l'autorité du pays d'origine qui a établi la tutelle sur son ressortissant continuera à exercer ses fonctions au nouveau domicile en Suisse, tant que d'après la loi d'origine il y aura lieu au maintien de la tutelle. Nous croyons donc que la tutelle instituée sur un étranger dans son pays d'origine doit continuer à être exercée comme précédemment, si cet étranger vient habiter la Suisse, alors même que l'Etat étranger n'accorderait pas la réciprocité.

Mais si l'étranger avant de venir en Suisse avait été domicilié dans un autre pays que son pays d'origine, et que ce fût dans ce pays de domicile que la tutelle eût été instituée, que faudrait-il décider? Par analogie avec le cas précédent, nous semble-t-il, la gestion de la tutelle devrait rester entre les mains de l'autorité étrangère qui l'exerçait; en effet l'art. 29, concernant les Suisses qui se rendent à l'étranger, n'exige pas que ce soit l'autorité d'origine qui exerce la tutelle en Suisse pour qu'elle puisse continuer à le faire à l'étranger; l'autorité du domicile la conservera aussi si elle l'exerçait. Il doit en être de même pour les étrangers venant en Suisse; quelle que soit l'autorité étrangère qui exerce la tutelle, elle en conservera la gestion quand l'incapable ira habiter la Suisse, tant que d'après la loi étrangère, applicable à cette tutelle, le motif d'incapacité subsistera.

L'art. 29 ajoute dans son *alinéa 2*: *Les droits attribués par l'article 15 à l'autorité tutélaire du lieu d'origine sont également maintenus.*

Cette prescription, qui nous paraît viser le cas où le Suisse avant de quitter son pays était soumis à la tutelle dans un autre canton que son canton d'origine, et qui, pour les Suisses à l'étranger, est nécessairement subordonnée aux dispositions du droit étranger, est sans application pour les étrangers en Suisse. En effet nous estimons que l'art. 15 est abrogé par l'art. 33, et quelle que soit la solution admise

dans l'hypothèse dans laquelle nous raisonnons maintenant l'autorité d'origine pourra toujours se faire remettre la tutelle si l'Etat étranger accorde la réciprocité.

47. Enfin l'art. 30, dans ce même Titre II, s'il était applicable aux étrangers disposerait pour eux:

Art. 30. *Lorsqu'il y a lieu d'instituer une tutelle pour une personne qui émigre ou qui est absente du pays, c'est à l'autorité du pays d'origine qu'il appartient d'y pourvoir.*

Mais cet article paraît sans portée et sans utilité pour les étrangers, car si l'étranger quitte la Suisse ou en est absent, il est bien évident que tout lien entre la Suisse et lui est rompu, et que ce n'est pas à la Suisse à prendre des mesures à son égard.

Chapitre VIII.

Régime matrimonial (Art. 19—21 et 31).

48. Dans ce domaine du régime matrimonial nous rencontrons, à défaut de règle spéciale aux étrangers, une double réglementation, l'une pour les Suisses établis en Suisse, Titre I, l'autre pour les Suisses à l'étranger, Titre II. Nous aurons donc, conformément à notre méthode, à examiner quelles sont les dispositions de ces deux Titres qui peuvent être déclarées applicables par analogie aux étrangers, et cas échéant, à choisir entre deux prescriptions opposées.

Au début de notre examen deux hypothèses bien distinctes se présentent: ou bien des étrangers domiciliés en Suisse contractent mariage en Suisse, ou bien des époux étrangers transportent leur domicile en Suisse. Dans le premier cas le mariage est postérieur à l'établissement du domicile en Suisse, dans le second le mariage lui est antérieur.

Enfin un troisième cas dont nous aurons à nous occuper plus tard, car il peut se présenter dans les deux hypothèses, est celui où, après avoir eu un domicile dans un canton les époux transportent leur domicile, à l'intérieur de la Suisse, dans un autre canton.

Première hypothèse.

49. Les étrangers sont domiciliés en Suisse et y contractent mariage, ou bien c'est un étranger domicilié en Suisse qui épouse une Suissesse.

Le premier domicile conjugal est en Suisse. La règle de l'art. 19, al. 1 doit être applicable à ces étrangers.

Art. 19, al. 1. *Sous réserve de ce qui est dit à l'art. 20, les rapports pécuniaires des époux entre eux sont soumis, pour toute la durée du mariage, à la législation du lieu du premier domicile conjugal*..... Nous laissons pour le moment de côté la fin de l'article.

L'alinéa 2 de l'art. 19 vient compléter cette disposition pour les rapports des époux avec les tiers, et doit être également étendue aux étrangers.

Art. 19, al. 2. *Dans leurs rapports avec les tiers, les époux sont soumis à la législation du lieu de leur domicile; cette législation fera seule règle, en particulier, quant aux droits de la femme vis-à-vis des créanciers de son mari en cas de faillite de ce dernier ou de saisie pratiquée contre lui.*

Les étrangers dont nous nous occupons ici sont donc, comme les Suisses, entièrement soumis à la loi du premier domicile conjugal tant pour leurs rapports entre eux que pour leurs relations avec les tiers, la loi du domicile actuel se confondant avec celle du premier domicile conjugal. Tandis qu'en matière de tutelle le principe de nationalité est assez généralement admis en droit international, dans le domaine du régime matrimonial le principe de territorialité a été approuvé par l'Institut de droit international en 1889.

Il n'y aura pas de distinction à faire entre le cas où les époux ont fait un contrat de mariage au lieu de leur premier domicile conjugal, et celui où ils n'en ont pas fait. Ces deux régimes basés, l'un sur la loi, l'autre sur la volonté des parties, doivent être traités de même; ce serait injuste q'une circonstance accidentelle et souvent indépendante de la volonté des parties (ignorance ou indigence) pût entraîner un changement dans la législation applicable (Thèse p. 193).

La validité du contrat[1]) quel qu'il soit, ne fût-il même qu'un pacte successoral conclu entre fiancés (art. 25), s'appréciera d'après la loi du premier domicile conjugal, de même que ce sera cette loi qui fixera le régime légal auquel les étrangers qui se marient sans contrat seront soumis.

Aucune prescription spéciale n'étant émise quant à la forme du contrat, il faut décider qu'elle sera soumise à la même loi que le fond. En effet, alors même que dans certains cantons le contrat de mariage revêt le caractère d'un pacte successoral, — comme cela serait le cas aussi d'un contrat qui ne contiendrait qu'une institution contractuelle telle que le Code-civil français l'autorise, — on ne peut étendre aux contrats de mariage les prescriptions de l'art. 24 sur la validité quant à la forme des pactes successoraux. Ces pactes sont valables, dit cet article 24, quant à la forme, si celle-ci satisfait, entre autres, au droit du lieu où l'acte a été passé (voir **64**).

Il ne suffira pas que le contrat de mariage contienne des dispositions de nature héréditaire pour être en entier régi par cette prescription formelle. Nous nous en tiendrons donc pour les étrangers à la solution déjà préconisée pour les Suisses (Thèse p. 189—191): la validité formelle du contrat de mariage sera examinée d'après la loi du premier domicile conjugal pour les clauses concernant les rapports de fortune entre époux, et d'après l'une des lois admises par l'art. 24 quant aux clauses de nature héréditaire qu'il peut contenir.

L'époque où le contrat doit être fait sera également déterminée par la loi du premier domicile conjugal. Il pourra l'être après le mariage dans les cantons, très peu nombreux d'ailleurs, qui l'admettent.

En un mot, d'après l'art. 19 les étrangers qui, fixés dans un canton suisse, s'y sont mariés et y ont eu leur premier domicile conjugal, comme nous le supposons, sont mis exactement sur le même pied que les Suisses établis.

---

[1]) Sous réserve de la question de la capacité requise pour faire un contrat, qui s'appréciera d'après la loi d'origine des étrangers.

50. Plaçons maintenant ces règles de l'art. 19 en présence de celle qui est énoncée à l'art. 31 pour les Suisses à l'étranger. Les étrangers en Suisse étant précisément dans une situation inverse des Suisses à l'étranger, il suffira, pour leur rendre le Titre II applicable par analogie, — apparemment tout au moins — d'user de la méthode employée déjà dans notre chapitre II § 2: de remplacer le mot „Suisse“ par celui „d'étranger“ et vice-versa, ainsi que de substituer „pays“ à „canton.“

L'art. 31, al. 1 devient donc: *Les rapports pécuniaires des époux étrangers dont le premier domicile conjugal est en Suisse sont soumis à la loi du pays d'origine, pour autant que le droit suisse ne leur est pas applicable.*

Or il s'agit justement de déterminer si le droit suisse est ou non applicable; l'art. 31, al. 1 ainsi adapté déplace la question et ne la résoud pas; de même que l'art. 28 al. 2 (**18**), il ne nous fait pas faire un pas en avant.

Pour les Suisses à l'étranger cette règle a sa raison d'être parce qu'elle fixe la loi applicable à leur régime matrimonial pour autant que l'Etat étranger les soumet à leur loi d'origine, ou déclare que sa législation ne doit régir que les nationaux, ou enfin n'a pas dans son code de disposition sur la matière. Mais de même que ce n'est qu'à titre subsidiaire, le droit étranger ayant le premier la parole, que cette disposition est émise pour les Suisses à l'étranger, de même pour les étrangers cette prescription ne pourrait avoir qu'un rôle secondaire, le droit suisse devant être consulté en première ligne.

Or l'application du droit suisse, à défaut seulement de laquelle l'art. 31, al. 1 pourrait être adapté aux étrangers, est réglementée par l'art. 19, d'après lequel les étrangers sont précisément soumis à la loi de leur premier domicile conjugal. Leur droit d'origine ne leur est donc pas applicable, et il faut décider que l'art. 31, al. 1 est sans portée pour les étrangers.

2ème hypothèse.

51. Les époux étrangers transportent leur domicile en Suisse; leur établissement sur territoire suisse est postérieur au mariage célébré à l'étranger.

Quel sera leur régime? Il faut distinguer entre leurs rapports entre eux et leurs relations avec les tiers.

52. a) Quant à leurs rapports pécuniaires entre eux.

D'après l'article 19, al. 1 ils sont soumis à la législation du premier domicile conjugal pendant toute la durée du mariage (sous réserve de ce qui est dit à l'art. 20). Par conséquent leur régime ne sera pas modifié par leur changement de domicile de l'étranger en Suisse pourvu qu'avant leur arrivée en Suisse ils fussent soumis à la loi de leur premier domicile conjugal; car c'est dans ce cas seulement, croyons-nous, que la prescription de l'art. 19, al. 1 peut être étendue aux étrangers s'établissant en Suisse.

Que décider à l'égard de ceux qui n'étaient pas, à l'étranger, soumis à la loi de leur premier domicile conjugal, soit parce que leur pays d'origine, où ils étaient domiciliés, n'admet pas cette loi à leur égard pour une raison quelconque, soit parce que, étrangers eux-mêmes dans le pays d'où ils viennent, ils ont eu leur premier domicile en dehors de ce pays et n'ont pu conserver leur premier régime en s'y fixant?

Pour résoudre cette difficulté nous nous adressons au Titre II, art. 31.

Nous éliminons tout de suite l'alinéa 2 de cet article qui deviendrait pour les étrangers:

Art. 31, al. 2. *Le régime matrimonial établi à l'étranger entre époux étrangers n'est pas modifié par le transfert du domicile conjugal en Suisse, pourvu que le droit suisse ne s'oppose pas à son maintien.*

Cet alinéa 2 tombe sous le coup des mêmes motifs d'impuissance que l'alinéa 1 du même article (**50**), il déplace la question sans la trancher. Nous le laissons donc de côté pour étudier l'alinéa 3.

Le troisième alinéa de l'art. 31 est consacré aux époux suisses qui transfèrent leur domicile de l'étranger en Suisse.

Le législateur admet pour eux qu'ils continuent à être soumis au régime qui leur était applicable à l'étranger; il doit, semble-t-il, admettre *a fortiori* la même solution pour les étrangers. En effet si l'Etat renonce à soumettre à sa législation ses ressortissants — c'est-à-dire ceux qui sont rattachés à lui par le lien de la nationalité — qui rentrent sur son territoire, il doit renoncer à plus forte raison encore à imposer sa législation à des étrangers qui n'ont pour tout lien avec lui que le fait qu'ils viennent se fixer en Suisse.

Nous estimons donc que l'alinéa 3 de l'art. 31 doit être appliqué par analogie aux étrangers. Il devient avec la seule substitution nécessaire, soit le remplacement de „époux étrangers" par „époux suisses":

Art. 31, al. 3. *Les époux étrangers qui transfèrent leur domicile de l'étranger en Suisse continuent à être soumis, en ce qui concerne leurs rapports entre eux, au régime qui leur était applicable à l'étranger. Il leur est loisible de faire usage de la faculté accordée par l'art. 20. Leur situation vis-à-vis des tiers est réglée par l'art. 19, al. 2.*

Ainsi donc les étrangers dont nous nous occupons conserveront le régime auquel ils étaient soumis avant leur entrée en Suisse; peu importe que ce soit la loi de leur premier domicile conjugal ou une autre qui l'ait déterminé, qu'il soit légal ou conventionnel; l'établissement en Suisse n'a pas d'effet sur lui.

La difficulté que nous soulevions tout à l'heure se trouve donc ainsi résolue. Remarquons que la règle que nous acceptons ici n'est pas contraire à celle de l'art. 19, al. 1; elle n'en est en quelque sorte qu'un élargissement. Le principe que le législateur a voulu consacrer, celui qui lui a dicté l'art. 19, al. 1 pour les Suisses établis et l'art. 31, al. 3 pour les Suisses qui rentrent en Suisse, est celui de l'immutabilité du régime entre époux, sauf volonté contraire de ceux-ci; le changement de domicile ne doit pas entraîner le changement de régime. En proclamant ce même principe à l'égard des étrangers qui viennent habiter la Suisse, nous croyons rester dans les limites d'une saine interprétation de la loi et exprimer la volonté du législateur.

Faut-il faire rentrer dans notre première ou dans notre seconde hypothèse, le cas où les époux étrangers, après s'être mariés à l'étranger, sont venus fixer leur premier domicile conjugal en Suisse?

A la lumière des principes posés nous répondrons qu'ils rentreront dans la première ou dans la seconde catégorie suivant que la loi du pays où ils se sont mariés subordonne la fixation du régime matrimonial soit à une manifestation de l'intention des époux soit à l'établissement d'un domicile fixe, ou qu'elle déclare au contraire le régime matrimonial déterminé et définitivement fixé dès la célébration du mariage. Si donc le régime est établi à l'étranger, il sera maintenu lors de l'entrée en Suisse; s'il ne l'est pas, les époux seront soumis à la loi suisse de leur premier domicile conjugal.

Observons encore que, comme en ce qui concerne les Suisses qui rentrent de l'étranger en Suisse et auxquels nous assimilons, dans notre seconde hypothèse, les étrangers, la question du choix de la législation applicable sort un peu de ses termes ordinaires, et que ce choix ne se fait plus seulement entre la loi d'origine et celle du domicile; car les alternatives ne sont plus limitées à deux, la loi à laquelle les époux seront soumis pourra être leur loi d'origine, celle de leur premier domicile conjugal à l'étranger, ou celle d'un autre domicile, le dernier peut-être, à l'étranger.

53. b) Quant à leurs rapports avec les tiers.

Ici la règle est précisément l'inverse, c'est la mutabilité complète du régime avec toutes ses conséquences.

En effet l'art. 19, al. 2 qui doit être étendu aux étrangers les soumet à la loi de leur domicile *actuel* (traduction du terme allemand „*jeweiligen* Wohnsitzes"); l'art. 31, al. 3 vient confirmer cette règle. Les prescriptions du Titre II corroborent donc ici celles du Titre I.

Le régime auquel les étrangers étaient soumis avant d'entrer en Suisse, qu'il soit légal ou conventionnel, ne sera plus valable par rapport aux tiers que s'il n'est pas contraire aux dispositions de la loi du domicile. En prescrivant l'application aux étrangers de la loi du domicile actuel, le législa-

teur suisse n'a pas voulu leur imposer, à eux plus qu'aux Suisses établis, le régime légal du canton où ils se fixent; ce sera seulement à la lumière de cette loi cantonale que s'appréciera la validité des clauses de leur contrat s'ils en ont fait un, ou que l'on décidera si leur régime légal doit être maintenu ou non. Il n'y a aucune différence à cet égard entre la situation des étrangers et celle des Suisses.

54. Le législateur a ainsi adopté le principe de l'immutabilité du régime pour les relations des époux entre eux et celui de la mutabilité pour leurs rapports avec les tiers. Il a cru pouvoir sauvegarder à la fois l'intérêt des tiers et celui des époux; il a fendu en deux une institution qui devait être régie par une seule et même loi; il a élaboré un système hybride, qui prête de maints côtés le flanc à la critique et qui sacrifie l'intérêt des époux, de la femme en particulier, sans sauvegarder efficacement ceux des tiers.

Comme les époux étrangers sont traités de la même manière que les Suisses établis et que, si l'un envers l'autre ils restent régis par la loi étrangère, ils sont soumis envers les tiers à la loi suisse, c'est-à-dire, aussi bien à la loi de leur canton de domicile qu'à la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes en ce qui concerne les droits de la femme en cas de faillite du mari ou de saisie pratiquée contre lui (art. 19, al. 2), toutes les critiques que nous avons adressées au système de notre loi à propos des Suisses pourraient être répétées ici. Nous nous bornerons à rappeler: que l'immutabilité qui doit subsister entre époux n'est qu'un leurre devant la mutabilité du régime à l'égard des tiers, — elle reste lettre morte en général dans les cas où il serait le plus nécessaire que les garanties accordées à la femme fussent maintenues —; que de son côté la mutabilité de régime qui existe à l'égard des tiers peut les induire en erreur et, en tout cas, se trouve entamée par le respect dû nécessairement aux droits acquis par des tiers à un domicile antérieur (art. 21; **57**); qu'enfin cette scission dans un même régime en rompt toute l'harmonie, est difficilement réalisable en pratique étant donné que la limite entre ce qui touche

les époux et ne concerne pas les tiers (et inversement) est très délicate à tracer,[1]) et crée des inégalités de traitement déplorables d'un ménage à l'autre. (Thèse p. 215—227, 241 et ss.)

55. Nous avons parlé plus haut (**48**) d'un troisième cas dont nous avons à dire deux mots maintenant, après l'examen de nos deux hypothèses, parce qu'il peut se présenter dans l'une comme dans l'autre.

Les époux étrangers, aussi bien ceux qui ont eu leur premier domicile conjugal en Suisse que ceux qui l'ont eu à l'étranger, peuvent changer de domicile à l'intérieur de la Suisse. Il est évident que nous n'avons pas à nous occuper du transfert de leur domicile de la Suisse dans leur pays d'origine ou ailleurs à l'étranger, — cas prévu, pour les Suisses, à la fin de la première phrase de l'art. 19, al. 1: „ .... *alors même que les époux auraient transféré leur domicile dans leur canton d'origine.* En effet, que les étrangers rentrent dans leur pays d'origine ou qu'ils s'établissent dans un autre Etat, du moment qu'ils quittent la Suisse ils échappent à la législation et à la juridiction suisses. Ce fragment de l'art. 19, al. 1 ne leur est donc applicable d'aucune manière, et l'anomalie, justifiable d'ailleurs, qu'il y avait à ce que la loi fédérale sur les Suisses établis émît une prescription relative aux Suisses qui sont rentrés dans leur canton d'origine et par conséquent ne sont plus „établis," ne se présente pas pour les étrangers.

En revanche ceux-ci peuvent, au cours du mariage, transporter leur domicile dans un autre canton que celui où ils se sont fixés à leur arrivée en Suisse. Ils seront alors, au point de vue de leur régime matrimonial, assimilés à des Suisses; la loi qui régissait leurs rapports pécuniaires l'un envers l'autre continuera à faire règle entre eux, et celle de leur nouveau domicile régira leurs rapports avec les tiers.

Nous autorisant même des termes très larges de la loi: „les rapports pécuniaires des époux entre eux sont soumis,

---

[1]) Voir jugement du Tribunal de 1ère instance de Genève du 26 décembre 1893, Dame M. V. c. M., *Semaine judiciaire 1894*, p. 90.

pour toute la durée du mariage, à la législation du lieu du premier domicile conjugal," nous estimons que cette règle doit s'appliquer même aux étrangers qui acquéreraient la nationalité suisse, et ne seraient donc plus des „étrangers établis en Suisse." Leur régime entre eux restera déterminé par la loi à laquelle ils étaient antérieurement soumis.

Nous croyons aussi que dès l'entrée en vigueur de la loi fédérale, soit dès le 1er juillet 1892, les époux étrangers domiciliés en Suisse sont tombés sous le coup de la loi et se sont trouvés soumis à ses prescriptions. Cette conclusion est conforme à ce que le Conseil fédéral a voulu pour les Suisses (circulaire du 28 juin 1892).

Il sera quelquefois difficile de déterminer quel a été le premier domicile conjugal des époux à l'étranger. Si la contestation naît en Suisse, il faudra se servir des critères posés par notre loi en vue de la détermination du domicile (art. 3), pour établir où le premier domicile a été institué. La seconde phrase de l'art. 19, al. 1 fournit une dernière ressource pour les cas qui demeurent douteux:

Art. 19, al. 1 *in fine*: „*Dans le doute, on considère comme premier domicile conjugal celui du mari au moment où le mariage a été célébré.*"

Le premier domicile conjugal pourra peut-être ainsi être déterminé fictivement.

La loi à laquelle sont soumis les rapports pécuniaires des époux entre eux réglera donc leurs droits et obligations réciproques, pendant le mariage ou à sa dissolution; elle fixera, entre autres, les garanties qui sont données à la femme pour se prémunir contre les dangers que peut courir sa fortune. (Thèse p. 238—241.)

56. Une exception peut se produire cependant. Les époux étrangers ont la faculté à leur nouveau domicile de se soumettre, entre eux, à une autre loi que celle qui les régit, à savoir à celle de leur domicile actuel, et de faire cesser ainsi cette scission qui existe dans leur régime. L'art. 20 qui le permet doit leur être applicable par analogie, parce qu'il n'y a pas de raison pour qu'il ne le soit pas, et que l'art. 31,

al. 3 dont nous avons adopté la règle pour les étrangers (52) leur réserve cette possibilité:

Art. 20. *Lorsque les époux changent de domicile, ils peuvent, avec l'assentiment de l'autorité compétente du nouveau domicile, adopter également pour leurs rapports entre eux la législation du nouveau domicile, moyennant une déclaration commune faite en ce sens à l'office cantonal compétent (art. 36, lettre b).*

La déclaration rétroagit à l'époque où le régime matrimonial a commencé à produire ses effets.

Ce ne sont pas seulement les époux qui ont eu leur premier domicile conjugal en Suisse, mais aussi ceux qui l'ont eu à l'étranger, qui peuvent user de cette faculté quand ils se transportent dans un autre canton. Ce sont aussi tous ceux qui, au moment de l'entrée en vigueur de la loi, habitaient en Suisse un canton dont la législation ne régissait pas leurs rapports pécuniaires entre eux, même si la loi de ce canton s'opposait à cette modification; car les dispositions contraires des lois cantonales sont abrogées par la mise en vigueur de notre loi fédérale (art. 39). En vertu donc des dispositions de cette dernière, les époux étrangers se trouveront peut-être obligés de subir la scission de leur régime et auront alors intérêt à l'unifier en adoptant entre eux la législation de leur domicile actuel.

Ils peuvent enfin user de cette faculté à tout changement de domicile à l'intérieur de la Suisse.

La déclaration dont il s'agit ne pouvant avoir lieu qu'en Suisse, la situation des étrangers se trouve à cet égard semblable à celle des Suisses.

Nous ne pensons pas, en effet, qu'il faille exiger que les époux étrangers soient capables d'après leur loi d'origine pour que leur déclaration soit valable. Il ne s'agit pas ici d'un acte juridique ordinaire que les époux ne pourraient accomplir seuls que s'ils étaient capables, mais d'une faculté qui ne peut être exercée qu'avec le consentement de l'autorité. Cette condition constitue une garantie suffisante; il appartiendra à l'autorité compétente de refuser son autorisation si elle estime que les époux ne sont pas à même de com-

prendre la portée de la déclaration qu'ils veulent faire; car c'est à cet effet, selon nous, que l'autorité a été appelée à intervenir.

Les conditions de l'exercice de cette faculté ainsi que ses effets sont donc les mêmes pour les étrangers que pour les Suisses. C'est ainsi que la déclaration des deux époux sera nécessaire et que, comme nous venons de le voir, l'assentiment de l'autorité désignée par la législation cantonale devra être donné, de façon à ce que la femme, en particulier, jouisse de toute la liberté désirable.

Les effets de cette déclaration seront également identiques. Elle rétroagira jusqu'au jour où le régime matrimonial, que les époux abandonnent, a commencé à produire ses effets, et cela sans que l'on ait à se demander si les époux ont ou non fait antérieurement, dans un autre canton, une déclaration analogue, puisque cette précédente déclaration aurait supprimé rétroactivement, elle aussi, le régime existant entre les époux à cette époque là. Les époux effacent donc ainsi leur régime matrimonial avec toutes ses clauses et ses conséquences; les droits de l'un et de l'autre peuvent être considérablement modifiés. Cependant, si les époux sont dès lors censés avoir toujours été soumis, pour leurs rapports entre eux, au nouveau régime qu'ils adoptent, ils ne peuvent annuler par leur déclaration les droits acquis des tiers, qui sont nécessairement maintenus (art. 21; **57**).

Le régime que les époux peuvent adopter à la place de celui qu'ils abolissent est avant tout celui que la loi cantonale de leur nouveau domicile désigne comme régime légal, et auquel ils sont soumis vis-à-vis des tiers. Cela pourra être aussi une modification de l'ancien régime ou même la confection d'un contrat si la loi du nouveau domicile autorise l'une ou l'autre pendant le mariage. (Thèse p. 228 et ss.)

57. Nous venons de dire que dans ce changement de régime les droits antérieurement acquis par des tiers devaient être maintenus. Il en est également ainsi quand les époux se bornent à changer de domicile et que ce n'est qu'en ce qui concerne leurs relations avec les tiers qu'ils tombent sous le

coup de la loi territoriale. L'art. 21, qui s'applique aux étrangers comme aux Suisses, le déclare:

Art. 21. *Les droits acquis par des tiers à un domicile conjugal, par des actes juridiques particuliers, ne sont nullement modifiés par un changement de domicile des époux.*

Ce sont ces droits acquis par des tiers à un précédent domicile, à l'étranger ou en Suisse, en vertu de contrats, d'actes de dispositions, peut-être interdits au nouveau domicile, qui peuvent induire les tiers en erreur et annuler, tout au moins en partie, les garanties que la mutabilité devait leur assurer.

Ces droits acquis doivent toujours être respectés, que ce soit par la volonté des époux, par l'entrée en vigueur de la loi ou en conséquence d'un changement de domicile que le régime se trouve partiellement ou totalement changé. Quelle que soit l'interprétation donnée à ce terme de droits acquis, extensive ou restreinte, les dangers sont grands pour les créanciers du nouveau domicile. Nous les avons énumérés dans l'étude du Titre I, et comme ils sont les mêmes ici, aggravés du fait que les législations étrangères peuvent être plus divergentes, les droits acquis aux tiers plus considérables et plus ignorés, nous ne nous y arrêterons pas, nous contentant de les signaler. (Thèse p. 244 et ss.)

58. Quant à la juridiction compétente, nous la déterminons par la règle de l'art. 2, à laquelle nous avons donné la préférence sur celle de l'art. 28, al. 2 (**18**). La juridiction du lieu d'origine n'est pas expressément réservée; elle ne pouvait pas l'être puisque la loi d'origine des époux ne jouait aucun rôle dans ce chapitre. Ce sera donc le juge du domicile actuel qui, pour les étrangers comme pour les Suisses, sera appelé à connaître des différends qui s'élèveront tant entre les conjoints, qu'entre eux et les tiers.

Le législateur n'a pas étendu à la juridiction la scission qu'il a introduite dans le régime au point de vue de la législation. Peut-être faut-il l'en féliciter puisque cette scission est une erreur à notre avis; mais alors, dans les contestations entre époux, le juge suisse pourra se trouver obligé d'appliquer une législation étrangère et inconnue.

Chapitre IX.

Droit successoral (Art. 22—27).

59. Les Titres II et III de notre loi ne renferment pas de dispositions spéciales relatives aux successions. Nous allons donc avoir, suivant la règle générale de l'art. 32, à appliquer par analogie aux étrangers les prescriptions du Titre I, art. 22—27.

A l'égard des Suisses, le législateur proclame en principe la règle de l'unité et de l'universalité de la succession, c'est-à-dire l'application d'une seule et même loi à tous les biens qui composent l'hérédité, quelles que soient leur nature et leur provenance, mais il est obligé d'y faire plusieurs brèches. Ce principe, nécessaire pour éviter des conflits de législations différentes et incompatibles, doit être maintenu, en ce qui concerne les étrangers, dans la même mesure que pour les Suisses.

Mais ici plus qu'ailleurs peut intervenir la règle formulée à l'art. 28, chiffre 1 à propos des Suisses à l'étranger et concernant les immeubles situés en Suisse. Nous admettons comme précédemment (**15**), d'une part, que la transmission des immeubles en suite de décès sera régie par la même loi que le reste de la succession, quant aux immeubles situés en Suisse tout au moins, et quant à ceux situés à l'étranger pour autant que la législation étrangère reconnaîtra l'empire de la loi suisse si c'est celle-ci qui doit dominer toute la succession; et, d'autre part, que, en ce qui concerne les immeubles situés en Suisse qui appartiennent à des étrangers, la constatation des mutations de propriété, l'inscription des droits immobiliers, la licitation des immeubles ainsi que les charges immobilières qui peuvent les grever, seront soumises à la loi du domicile, si l'on veut conserver quelque chose de la règle de l'art. 28, al. 1, telle que nous l'avons traduite pour les étrangers (**14** et **15**). Pour les Suisses établis en Suisse on pouvait, par conjecture et en l'absence de toute disposition relative aux immeubles (Thèse p. 257), laisser une place à l'application de la *lex rei sitae*; ici, à moins de mettre entièrement de côté l'art. 28,

al. 1, cela ne nous paraît pas possible, bien qu'il soit difficile d'admettre, comme le cas pourra s'en présenter, qu'un canton doive reconnaître une charge immobilière étrangère à sa législation.

60. En ce domaine du droit successoral, le législateur donne la préférence au principe territorial, tout en faisant une concession au principe de nationalité si la volonté du défunt s'est expressément manifestée en faveur de l'application de ce dernier.

Remarquons que cette solution est contraire à celle qui est adoptée dans le traité franco-suisse du 15 juin 1869, lequel fait choix, pour la succession des Français morts en Suisse, de la loi de leur dernier domicile en France. Le traité fait en outre intervenir la *lex rei sitae* pour le partage, la licitation ou la vente des immeubles.

L'art. 22, al. 1 formule la règle, qui s'applique également aux étrangers:

Art. 22, al. 1. *La succession est soumise à la loi du dernier domicile du défunt.*

Il s'agit de la succession testamentaire aussi bien que de la succession ab intestat, et la règle s'étend à l'une comme à l'autre, à moins que la volonté de soumettre sa succession à sa loi d'origine ne soit expressément formulée par le *de cujus* étranger (alinéa 2). Pour que la loi suisse régisse cette succession, il faut naturellement que l'étranger au moment de sa mort fût domicilié en Suisse. Une difficulté se présentera si, peu de temps avant sa mort, l'étranger, qui jusque là a été domicilié en Suisse, retourne en pays étranger, sans que, d'après notre loi, il puisse être considéré comme ayant établi son domicile à l'étranger. Le domicile une fois fixé subsistant, d'après l'art. 3, al. 3, aussi longtemps qu'un nouveau n'a pas été fondé, l'art. 22, al. 1 se trouverait applicable et la loi suisse régirait d'après lui cette succession. Mais l'Etat où le défunt venait de s'établir, outre que sa législation renferme peut-être un autre mode de détermination du domicile, revendiquera probablement le droit, en vertu de l'établissement sur son territoire du *de cujus*, peut-être son ressortissant, de réglementer cette succession.

Il est évident, comme nous avons déjà eu l'occasion de le voir, que l'étranger en quittant la Suisse échappe à sa législation et juridiction, alors même que d'après la loi suisse il y aurait encore son domicile attributif de législation. La Suisse devra donc, sauf peut-être pour la transcription des droits immobiliers s'il y a des immeubles en Suisse, renoncer à tout empire sur cet étranger, et ne pourra empêcher le pays de son nouvel établissement d'appliquer à sa succession la loi territoriale.

61. L'alinéa 2 de l'art. 22 contient, immédiatement après le principe posé, une concession à la loi d'origine:

Art. 22, al. 2. *On peut, toutefois, par une disposition de dernière volonté ou par un pacte successoral soumettre sa succession à la législation du pays d'origine.*

Complément de la règle de l'alinéa 1, voulu par le législateur, cet alinéa 2 s'étend aux étrangers, par le simple remplacement de „canton“ par „pays.“ Ce n'est plus que de la succession testamentaire qu'il est question ici, car dès qu'il y a une disposition de dernière volonté, soit dans un testament soit dans un pacte successoral, la succession n'est plus ab intestat.

Ici se pose immédiatement, puisqu'il s'agit de succession testamentaire, la question de la capacité de tester. Nécessaire pour confectionner un testament elle doit l'être pour faire la déclaration prévue à l'art. 22, al. 2. Or la capacité de tester est régie pour les étrangers comme pour les Suisses — nous l'avons admis (**27**) — par le droit du domicile au moment de la disposition de dernière volonté. Quels que soient l'époque et le lieu où le testateur ait donc manifesté sa volonté de soumettre sa succession à sa loi d'origine, fût-ce même à l'étranger, — cas rare mais possible — la capacité pour faire cette déclaration sera régie par la loi du lieu où il était domicilié alors qu'il l'a faite, et non par sa loi d'origine à moins qu'à l'époque de cette déclaration il ne fût domicilié dans son pays d'origine. C'est une première entorse faite au principe qu'une loi unique doit dominer toute la succession.

Cette même brèche peut d'ailleurs se présenter aussi dans le cas de l'alinéa 1 de l'art. 22, — c'est-à-dire lorsque

la succession se trouve régie par la loi du dernier domicile, — si le défunt avait testé à un précédent domicile, en Suisse ou à l'étranger, sans faire la déclaration prévue à l'alinéa 2 de ce même article.

Cette manifestation de la volonté du *de cujus* en faveur de la loi de son pays ne peut être tacite, elle doit être expresse. Il faut le conclure, malgré le doute que laisse subsister la teneur actuelle de l'article, de la rédaction votée par les Chambres en avril 1891, qui exigeait une déclaration écrite (Thèse p. 280 et ss.).[1]

Le testateur peut se borner à cette simple déclaration. Les mêmes doutes que pour les Suisses naissent pour les étrangers quant à l'abrogation ou au maintien des testaments antérieurs: il sera conforme en général à l'intention du testateur d'en prononcer l'abrogation.

Le testateur peut aussi accompagner sa déclaration de dispositions testamentaires conformes à sa loi d'origine, et faire ainsi un véritable testament qui s'appréciera d'après cette loi. — Il peut enfin s'il a fait un pacte successoral y insérer sa déclaration, ou, si la loi du domicile actuel le permet, conclure un pacte pour l'y insérer, même si la loi d'origine ne connaît pas ces pactes successoraux, car ceux-ci sont régis par la loi du domicile à la date de leur conclusion. (Art. 25, Thèse p. 283—85.)

Cette adoption de la loi d'origine peut être faite en tout temps et en tout lieu. Elle ne sera révocable qu'aux mêmes conditions que l'acte, pacte successoral ou testament, dans lequel elle aura été faite. En un mot, l'exercice de cette faculté est semblable pour les étrangers et pour les Suisses. Mais les étrangers ne pourront faire choix que de la loi de leur pays d'origine et non de celle d'un autre Etat avec lequel ils auraient un lien quelconque.

On peut admettre que certaines restrictions soient apportées à l'application de la loi d'origine par des considérations d'ordre

[1]) Voir aussi jugement du Tribunal de première instance de Genève, du 16 juin 1896, Mariés Porret contre Girardet et Hugentobler, dans le même sens.

public. Mais si l'on peut supposer que des législations étrangères se heurteront plus vite à l'ordre public cantonal que les lois d'autres cantons, cependant d'un canton à l'autre le conflit peut se produire également, et telle souveraineté cantonale pourrait se croire engagée à maintenir, à l'encontre de la législation du canton d'origine choisie par le défunt, ses prescriptions relatives, par exemple, aux droits successoraux de l'enfant naturel, aux substitutions prohibées, à la faculté de sortir d'indivision etc., comme étant d'ordre public et pouvant être imposées à tous les habitants du territoire. Il ne semble pas cependant que l'ordre public puisse être invoqué pour empêcher l'exhérédation permise par la loi d'origine, puisque notre loi mentionne expressément que la quotité disponible doit être régie par la loi applicable à la succession, qui peut être la loi d'origine; il nous paraît que la loi d'origine, qui ne connaît peut-être pas la réserve, doit être respectée. Du reste on peut dire d'une manière générale qu'il importe assez peu à l'intérêt de tous que les biens d'une succession échoient à tel parent plutôt qu'à tel autre.

62. Que le *de cujus* étranger ait ou non fait usage de cette faculté que lui laisse l'art. 22, al. 2, il n'y aura jusqu'ici, à part la capacité de tester, qu'une seule et même loi qui régira la succession, testamentaire ou ab intestat, la loi du dernier domicile ou la loi d'origine. L'une ou l'autre règlera la transmission et la répartition de tous les biens, meubles ou immeubles qui composent la succession, et, en cas de dispositions de dernière volonté, fixera en particulier la quotité disponible, c'est-à-dire déterminera la réserve. C'est d'après elle également que s'appréciera la capacité de recevoir par succession.

Les pactes successoraux conclus entre fiancés ou non (art. 25), les donations entre vifs ou à cause de mort (art. 27), qui ont pu être faits antérieurement et qui peuvent être valables quant au fond, ne le seront que jusqu'à concurrence de la quotité disponible fixée suivant les cas par la loi du dernier domicile ou par la loi d'origine, et devront être réduits s'il y a lieu, ou annulés même si la loi qui régit la succession refuse toute liberté de tester.

Il importait que la quotité disponible fut, au jour du décès, fixée par une seule et même loi; le contraire ne se comprendrait pas.

63. Ce principe de l'unité et de l'universalité de la succession, auquel il est fait brèche pour la capacité de tester et pour les pactes successoraux, mais qui est maintenu pour la réserve, est implicitement contenu dans l'art. 23, qui fixe la juridiction compétente, et qui s'étend aux étrangers.

Art. 23. *La succession s'ouvre, dans les deux cas, pour la totalité des biens qui la composent, au dernier domicile du défunt.*

En proclamant expressément la compétence du juge du dernier domicile, alors même que le défunt aurait soumis sa succession à sa loi d'origine, le législateur ne fait qu'exprimer une conséquence de la règle générale énoncée à l'article 2 de la loi. La juridiction de l'origine n'étant pas expressément réservée, c'est celle du dernier domicile qui est compétente, quelle que soit la législation applicable. Le juge chargé de liquider toutes les contestations auxquelles pourra donner lieu le partage de la succession, puisqu'il n'y a plus qu'une seule masse successorale, devra donc appliquer la loi du pays, quel qu'il soit, auquel l'étranger appartient si ce dernier a opté pour sa loi d'origine. Dans un domaine aussi épineux et délicat que celui du droit successoral, et dans lequel les divergences de législations sont infinies, sa tâche sera singulièrement ardue. Il semble qu'il aurait été plus simple que la juridiction suivît la législation et que, la loi d'origine étant désignée, ce fût le juge du pays d'origine qui eût à statuer, malgré les embarras pouvant résulter éventuellement de la conduite d'un procès à distance.

64. L'article 24 traite de la forme des actes héréditaires; il s'applique aux étrangers, au moyen de la simple substitution du mot „pays" à celui de „canton."

Art. 24. *Les dispositions de dernière volonté, les pactes successoraux et les donations à cause de mort sont valables quant à la forme, si celle-ci satisfait au droit du lieu où l'acte a été passé ou à celui du pays du domicile lors de la passation de l'acte ou au droit du dernier domicile ou à celui du pays d'origine du défunt.*

Il est bien entendu que le terme „pays du domicile“ que nous avons substitué à celui de „canton du domicile“ peut signifier suivant le cas aussi bien „canton“ qu'„Etat;“ l'étranger peut avoir été domicilié soit en Suisse, par conséquent dans un canton, soit à l'étranger au moment de la passation de l'acte.

Le législateur se montre aussi large que possible quant à la forme des actes héréditaires. A ce point de vue on peut dire que les actes seront toujours valables qu'ils aient été faits en Suisse ou à l'étranger, à moins que le testateur ait choisi la loi d'un pays quelconque, c'est-à-dire d'un pays qui n'est ni celui de son origine ou de son domicile, ni celui où l'acte a été passé.

La déclaration par laquelle le testateur soumet sa succession à la loi d'origine peut être faite dans la forme prescrite pour le testament par la loi du dernier domicile; et inversement, un testament, dont la validité quant au fond s'appréciera d'après la loi du dernier domicile, peut être rédigé suivant les formes prévues par la législation du pays dont l'étranger est ressortissant.

Ces règles, très larges, sont émises exclusivement en faveur des étrangers domiciliés en Suisse; ceux qui ont acquis la nationalité suisse et qui, selon nous, peuvent encore être soumis pour le régime matrimonial entre eux, à la loi qui les régissait antérieurement (art. 19, al. 1; **55**), ne sauraient invoquer le bénéfice de l'art. 24 pour la validité formelle de leurs dispositions de dernière volonté.

Quant au fond, les dispositions de dernière volonté, soit codicille, testament ou simple legs, sont soumises, comme nous l'avons vu, dans la règle à la loi du dernier domicile, et exceptionnellement, quand le testateur l'a expressément déclaré, à la loi d'origine. Pour les pactes successoraux et les donations à cause de mort, nous allons examiner quelle est la loi qui les régit quant au fond.

65. *Les pactes successoraux sont régis, quant au fond, par le droit du premier domicile conjugal lorsqu'ils ont été conclus entre fiancés, et dans tous les autres cas par le droit du lieu où*

le défunt était domicilié lors de la conclusion du pacte. Le tout sans préjudice des dispositions relatives à la réserve et prévues par la loi qui régit la succession (art. 22).

Telle est la teneur de *l'art.* 25 qui s'applique par analogie aux étrangers.

Conformément à une règle que nous avons déjà relevée (**62**) et qui peut restreindre la validité du pacte ou même l'annuler complétement, la quotité disponible ne sera fixée qu'au décès de l'étranger par la loi qui régira la succession, et c'est à ce moment là que les réductions devront s'opérer. Cette prescription laissera toujours planer une certaine insécurité sur la validité d'un pacte, puisque le domicile peut changer jusqu'au décès, en vertu quelquefois de circonstances indépendantes de la volonté de l'étranger. Mais si la loi d'origine admet une certaine liberté de tester, l'étranger pourra, au moment de la conclusion du pacte, dans le canton de son domicile par exemple, faire choix de sa loi d'origine et mettre ainsi sa succession à l'abri de toute incertitude.

A part cette prescription relative à la réserve, les pactes successoraux, s'ils ont été faits en conformité de l'art. 25 resteront valables, même si la loi qui régit la succession les interdit.

Les pactes successoraux conclus entre fiancés peuvent l'être à l'étranger ou en Suisse, ils seront régis par la même loi que le régime matrimonial. Mais, dans le chapitre du régime matrimonial, nous avons admis, en vertu du principe de l'immutabilité entre époux, que le régime considéré comme fixé à l'étranger devait être maintenu alors même que tout de suite après leur mariage à l'étranger les époux seraient venus s'établir en Suisse (**52** *in fine*). Pour les fiancés étrangers qui auraient conclu un pacte successoral conformément au droit étranger et qui, dès après le mariage, seraient venus fixer leur premier domicile conjugal en Suisse, rien ne nous autorise à décider que ce pacte conservera sa validité si la loi cantonale du premier domicile conjugal ne le reconnaît pas quant au fond. Il devra donc être considéré comme nul en vertu même de l'art. 25.

Il en serait du reste de même du pacte successoral que les fiancés (suisses ou étrangers) auraient conclu en Suisse, conformément à la loi de leur domicile avant le mariage, si immédiatement après le mariage ils avaient fixé leur premier domicile conjugal dans un canton qui n'autorise pas ces pactes.

Ces pactes conclus avant le mariage peuvent contenir à la fois des clauses de nature héréditaire et des règles concernant les rapports pécuniaires des époux pendant le mariage. A part l'exception relative au régime matrimonial que nous venons de rappeler, le fond sera entièrement régi par la loi du premier domicile conjugal; quant à la forme, cette partie seulement du pacte qui constitue un contrat de mariage sera soumise à cette même loi; malgré la validité du pacte quant au fond, un vice de forme pourra entraîner la nullité du contrat de mariage renfermé dans ce pacte. L'autre partie du pacte qui ne contient que des dispositions successorales restera valable si la forme du pacte entier satisfait aux prescriptions très larges de l'art. 24 (**64**) (Thèse p. 293 et ss.).

Quant aux autres pactes, qu'ils aient été conclus à l'étranger ou en Suisse, ils seront, à l'exception de la réserve, toujours soumis à la loi du domicile au moment où ils ont été faits. Même si le testateur vient à changer ultérieurement de domicile, ce sera toujours cette loi qui régira le pacte conclu, et qui fixera les causes pour lesquelles il peut être révoqué et les formes suivant lesquelles il doit l'être.

Cette double brèche au principe de l'unité de la législation applicable à la succession, venant s'ajouter à celle que peut occasionner la détermination de la capacité de tester d'après la loi du domicile à l'époque du testament, était nécessaire sans doute pour la sauvegarde des droits acquis; mais elle contribuera à rendre plus ardue encore la tâche du juge suisse ayant peut-être à appliquer une loi étrangère et à tenir compte en même temps de pactes successoraux valablement conclus en Suisse ou à l'étranger à des domiciles divers.

66. L'art. 26 a été inséré dans notre loi en considération des législations qui, comme celles de Berne ou d'Argovie, font du conjoint survivant l'héritier universel de l'époux pré-

décédé; les autres héritiers n'ont qu'un droit de créance qu'ils ne peuvent faire valoir qu'à la mort du survivant ou à son remariage. Si l'étranger domicilié dans un de ces cantons y est mort sans user de la faculté prévue à l'al. 2 de l'art. 22, ou si sa législation d'origine, qu'il a adoptée précisément en vertu de cet article, renferme des dispositions semblables, les droits de son conjoint seront réglés par la loi applicable à la succession, et les droits des autres héritiers, fixés par cette même loi, resteront acquis malgré tout changement de domicile ultérieur de la part de l'époux survivant.

C'est là tout ce que signifie cet article 26 qui s'adapte sans changement aux étrangers:

Art. 26. *Les droits successoraux qui naissent ensuite du prédécès de l'un des époux et qui sont en corrélation avec le droit de famille sont régis par la loi applicable à la succession (art. 22); ils ne sont pas modifiés par le fait que l'époux survivant viendrait dans la suite à changer de domicile.*

Cette disposition est superflue, le Conseil fédéral l'a reconnu; le principe de l'universalité et de l'unité de la succession, subsistant malgré quelques entorses, et l'axiome de jurisprudence que les droits acquis doivent être respectés, suffisaient d'une part à écarter l'application au conjoint survivant de la loi du régime matrimonial, et d'autre part à sauvegarder les droits des autres héritiers; ils conduisaient donc sans le secours de cet art. 26 à la solution voulue par lui.

67. Nous avons déjà fait allusion (**62**) à la règle de l'art. 27, valable pour les étrangers comme pour les Suisses:

Art. 27. *En ce qui concerne la réserve, les donations entre vifs ou à cause de mort sont soumises à la législation qui régit la succession du donateur (art. 22).*

C'était une nécessité que de charger une seule et même loi, celle qui devait dominer la succession, de fixer la quotité disponible.

A cet égard seulement les donations entre vifs tombent sous le coup de notre loi. Quant à leur forme et aux autres conditions de fond qui peuvent leur être imposées, les cantons restent libres de soumettre les étrangers à la loi territoriale

ou à la législation de leur pays d'origine. Il eut été utile d'introduire l'uniformité également sur ce point, par une prescription fédérale.

Les donations à cause de mort, qui revêtent parfois la forme des contrats mais que leur nature doit en général faire assimiler à des testaments, seront, en vertu de cette assimilation, valables ou non quant au fond suivant que la loi qui régit la succession (art. 22) les autorise ou non. Si cependant la loi d'origine adoptée par l'étranger les traite comme des donations entre vifs, leur validité s'appréciera d'après les dispositions de la loi du canton où l'étranger est domicilié, puisque notre loi fédérale ne réglemente pas les donations entre vifs.

Toutefois en ce qui concerne la réserve ces donations pour cause de mort, quelle que soit leur nature, seront régies par la loi qui est applicable à la succession.

68. Pour conclure notre petite étude du Titre III, nous nous poserons les mêmes questions que nous examinions à la fin de notre Thèse de doctorat (p. 305—309).

D'abord, quant aux changements que la mise en vigueur de la loi a introduits dans la situation juridique des étrangers en Suisse, remarquons que tant les $8^1/_2$ cantons qui appliquaient le principe de nationalité avec quelques exceptions, que ceux où règnait soit le principe territorial mitigé ($10^1/_2$ cantons) soit la territorialité absolue (3) (Thèse p. 52), ont vu les dispositions de leur législation plus ou moins transformées par les prescriptions de notre loi. Cependant en matière internationale il n'y avait pas lieu à l'abrogation de ces concordats qui faisaient loi entre beaucoup de cantons et dont les règles se sont trouvées en bonne partie abrogées par la loi fédérale. Au contraire les dispositions des traités entre Etats sont scrupuleusement réservées (art. 34).

Dans les contestations qui s'élèvent relativement à la capacité des femmes mariées, à l'obligation alimentaire, au régime matrimonial entre époux et aux successions soumises par les étrangers à leur loi d'origine, le juge suisse du domicile devra

connaître et appliquer les législations étrangères, et c'est là que résidera peut-être une des grosses difficultés de la saine application de notre loi.

En second lieu, l'adjonction à la loi fédérale sur les Suisses établis d'un Titre III concernant les étrangers constitue-t-elle un progrès, ou aurait-elle dûe être laissée de côté?

Si l'on peut à juste titre reprocher au législateur d'avoir été un peu laconique à l'égard des étrangers et de n'avoir pas suffisamment pesé les difficultés que soulèverait une adaptation par analogie aux étrangers de dispositions légales émises pour les Suisses, néanmoins nous ne pensons pas que cet inconvénient annule l'avantage d'une règle fixe, d'une direction générale donnée à tous les cantons.

Comme nous admettons, d'une part, que dans les domaines régis par la loi du domicile ce sont les prescriptions internes de la législation cantonale, telles qu'elles sont appliquées aux ressortissants du canton qui y sont domiciliés, qui doivent régir les étrangers à l'exclusion de toutes autres, et, d'autre part, que le même raisonnement s'applique dans les matières dominées par la loi d'origine (8), nous avons bien à faire à une règle uniforme. Son opportunité peut être contestable dans certains cas spéciaux, mais elle n'en réalise pas moins, d'une manière générale, un progrès réel sur l'incertitude et la bigarrure que présentaient les législations cantonales, et nous ne croyons pas nous tromper en affirmant que les avantages de cette réglementation générale et positive se sont déjà manifestés quelquefois sur le terrain de l'application pratique.

Table des matières.

Litteraturanzeigen.

Martin, A. Commentaire de la loi fédérale concernant l'état civil et le mariage. Genève, Ch. Eggimann & Cie, 1897.

Das Büchlein zeichnet sich aus durch klare, fliessende Darstellung und geschickte Verwertung und Einfügung der Gerichtssprüche, namentlich der Jurisprudenz des Bundesgerichts, in den Text. Jene macht selbst die Ausführungen über das trockene Civilstandsrecht zu einer angenehmen Lektüre, diese orientiert über den heutigen Stand der Rechtsentwicklung in dieser Materie. Wie natürlich und billig, ist dem Abschnitt über die Ehescheidung eine ausführlichere Auseinandersetzung gewidmet. Die Arbeit wird Allen, die sich mit dieser Frage zu beschäftigen haben, ein zuverlässiger Führer sein.

Meyer von Schauensee, P. Zur Geschichte und Kritik des Stooss'schen Entwurfes für ein schweizerisches Strafgesetz. Luzern, Geschw. Doleschal, 1897.

Wir sprechen uns nicht gern über diese Schrift aus; nicht weil sie uns ungerecht und unbegründet erscheint, sondern gerade weil nach dem, was wir sonst wissen, die strenge Kritik des Entwurfes und seines Redaktors von uns nicht widersprochen werden kann. Man hat dem Verfasser vorgeworfen, dass er diese nicht besonders saubere Wäsche in der Oeffentlichkeit gewaschen habe. Es ist diese ganze Geschichte allerdings keine solche, mit der wir vor Mit- und Nachwelt Staat machen können, und insofern bedauern wir, dass sie in weite Kreise verbreitet wird. Aber wie weit geht die Pflicht des Schweigens? Uns scheint, man habe seitens der massgebenden Kreise zu viel Nachgiebigkeit gegen die oberflächliche Weise, mit der sich der Gesetzesredaktor in die unverdauten Theorien der kriminalistischen Vereinigung gestürzt hat, walten lassen, und es hat sich mehr als man glaubt darum schon jetzt eine Missstimmung gegen den Entwurf in weiten Kreisen gebildet. Dass jetzt dieser Blitzstrahl des H. Meyer hineinzündet, kann nur luftreinigend wirken, unter der Voraussetzung, dass die, denen am Zustandekommen des Gesetzes liegt, sich nicht, wie es den Anschein hat, dagegen verschliessen und den Entwurf tale

quale durchdrücken wollen. Vielmehr sollte jetzt auch ihnen klar sein, dass der aus den Kommissionalberatungen hervorgegangene Entwurf von Grund aus einer Revision bedarf, und man wird sich massgebenden Orts dieser Notwendigkeit nicht entziehen, ohne das Resultat zu gefährden; auf dem bisherigen Wege wenigstens kommen wir nicht zu einem erspriesslichen Ziele.

Gretener, X. Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage. Mit besonderer Rücksicht auf den Schweizerischen und Russischen Strafgesetzentwurf. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht, 1897.

Dem Verfasser gebührt der aufrichtige Dank Aller, die sich mit der modernen Irrlehre nicht befreunden können, wonach die persönliche Verantwortlichkeit des zurechnungsfähigen Menschen für seine schuldvollen Thaten negiert wird. Es wird sehr schön erörtert, wie verhängnisvoll dergleichen Anschauungen in einer Strafgesetzgebung wirken können, die damit Ernst machen will. Der schweizerische Strafgesetzentwurf hat leider in diesem Punkte das Richtige auch nicht getroffen und der Verfasser entwickelt darüber sehr Lesenswertes. Wem es darum zu thun ist, sich ein selbständiges, unbefangenes und allseitiges Urteil über die neueren Strafgesetzbestrebungen und speziell über die in der Schweiz zu gewinnen, wird diese Schrift nicht ungelesen lassen dürfen.

(Bossard und Weibel). Sammlung der Luzerner Zivil- und Zivilprozessgesetze in Verbindung mit den gebräuchlichsten Bundesgesetzen, besonders über das Obligationen-, das Betreibungs- und Konkursrecht. 2. Auflage. Bearbeitet von Dr. J. L. Weibel, Fürsprech. Luzern, A. Gebhardt, 1896.

Von dieser musterhaft gearbeiteten Zusammenstellung ist die zweite Auflage erschienen, die wesentlich dadurch wichtig ist, dass nun die neue Luzerner Zivilprozessordnung von 1895, statt der alten, Aufnahme gefunden hat.

La revision de l'art. 121 C. O.

par

VIRGILE ROSSEL, professeur à l'université de BERNE.

I.

MM. Favon et consorts ont déposé la motion suivante au Conseil national, le 20 décembre 1892, sous forme d'une adjonction à l'art. 119 *in fine* C. O.:

„Dans les jugements portant sur le paiement d'un salaire qui ne dépasse pas 200 frs. en capital, le tribunal aura le droit de stipuler, en faveur de l'employé ou de l'ouvrier créancier, un intérêt moratoire pouvant s'élever jusqu'à 3 francs par jour. Cet intérêt moratoire courra à partir du troisième jour dès la prononciation du jugement jusqu'à parfait paiement, ou, à défaut, jusqu'à ce qu'il ait atteint le double du capital adjugé.

„A partir de ce moment, il sera remplacé par l'intérêt légal."

Cette motion tendait donc à faire reconnaître un privilège au profit de certaines catégories de créanciers — employés et ouvriers — pour paiement d'un salaire reconnu par jugement et n'excédant pas 200 francs. La disposition nouvelle à introduire dans le Code fédéral des obligations avait un caractère doublement exceptionnel, quant à la personne du créancier et quant à la nature du droit protégé, sans parler même de la valeur de ce droit limitée à 200 francs et de la qualité des débiteurs mis en cause. „On fit valoir, dit le Message du Conseil fédéral du 25 février 1896, d'une part, combien il est facile, actuellement, à un patron de profiter, par esprit de chicane, des délais que lui accorde la loi sur la poursuite, pour infliger de dures privations à l'ouvrier,

son créancier; on a émis, d'autre part, l'opinion que des inconvénients de ce genre peuvent se produire aussi pour d'autres sortes de créances, et l'on a mis en regard de pareils procédés des patrons les ruptures dolosives de contrat imputables parfois aux ouvriers.“ On voit que, dès le début, la motion devait se heurter à de sérieuses objections de principe. Le chef du Département fédéral de Justice et Police déclara qu'il en approuvait la prise en considération et qu'il étudierait également la question au point de vue plus général indiqué dans le cours de la discussion. Plus tard, le Conseil national renvoya au Conseil fédéral, en l'invitant à se prononcer à cet égard dans son rapport sur la motion Favon, une pétition de la Fédération des sociétés ouvrières de Genève, demandant que les délais en matière de poursuite pour paiement de salaires alloués par jugements ou transactions exécutoires, fussent assimilés aux délais établis en matière de poursuite sur effets de change.

Trois jurisconsultes furent chargés, par le Département fédéral de Justice, de préaviser sur la question. M. le juge fédéral Ch. Soldan, tout en reconnaissant que la motion et la pétition prérappelées méritaient la sollicitude du législateur, suggéra d'abord l'idée d'introduire dans le futur Code pénal suisse une disposition qui permît de réprimer, aussi bien que le délit d'usure, le refus d'un débiteur aisé de s'acquitter envers son créancier qu'il sait être dans une situation financière particulièrement difficile. Mais, en attendant, M. Soldan inclinait à penser qu'il ne serait pas impossible aux intéressés, par l'intermédiaire de leurs syndicats, d'atteindre le but proposé: les syndicats acquerraient les créances de leurs membres, rembourseraient les cédants, jouiraient de l'intérêt légal et ne courraient aucun risque. Il craignait que les résultats d'une modification du Code fédéral, dans le sens de la motion Favon, ne fussent plus ou moins illusoires et il critiquait la formule juridique adoptée. A ses yeux, la mesure provoquée ne pouvait être mise en corrélation avec les prescriptions légales sur l'intérêt moratoire, mais constituait plutôt une clause pénale judiciaire destinée à prévenir les retards du

débiteur (cfr. art. 179 et s. C. O.). Quant aux condamnations facultatives et éventuelles prévues par le nouveau texte de l'article 119, M. Soldan estime qu'elles emporteraient une extension abusive des pouvoirs de l'autorité judiciaire; ces condamnations pécuniaires ne représenteraient pas, en effet, la réparation d'un dommage éprouvé, elles ne seraient qu'un moyen de contrainte. En ce qui concerne la pétition des sociétés ouvrières de Genève, les conclusions en sont légitimes, mais il conviendrait d'appliquer la réforme souhaitée à tous créanciers exerçant des poursuites en vertu d'un jugement définitif ou d'un acte équivalent, et de n'en pas réserver le bienfait aux seuls ouvriers.

M. le professeur E. Huber, après des considérations originales sur les bases juridiques de la motion Favon, constatait que le retard du paiement d'un salaire de la part d'un patron, comme d'ailleurs la rupture du contrat de louage de services de la part de l'ouvrier, ne pouvait justifier qu'une action en dommages et intérêts et non point des peines de droit public. Cependant la notion classique des dommages et intérêts apparaît trop étroite, dans ces espèces comme dans d'autres; la législation moderne y a ajouté celle de la „composition" de l'ancien droit, à titre de moyen supplétoire pour arriver à une réparation intégrale de tout le tort éprouvé, même de celui auquel on ne peut attribuer une valeur pécuniaire. M. Huber, passant à l'objet spécial de la motion Favon, voudrait ne pas restreindre le moyen supplétoire dont il s'agit à certains cas déterminés; il l'admettrait, d'une manière plus générale, dans toutes les circonstances où le retard dans le paiement, retard causé par la faute du débiteur, porte au créancier un préjudice qui n'est point effacé par la simple allocation de dommages et intérêts. En outre, il critique l'expression „d'intérêt moratoire," et il conseille de recourir à l'analogie de l'art. 55 C. O., en adaptant à la terminologie de ce texte celle de l'adjonction projetée à l'art. 119; d'un autre côté, il renoncerait à fixer un maximum de la compensation due au créancier pour laisser intacte la liberté d'appréciation du juge, il exigerait que la satisfaction complémentaire à fournir par le débiteur ne fût accordée

qu'en cas de dol de ce dernier, afin de couper court d'avance à tous jugements arbitraires, il imposerait au débiteur le fardeau de la preuve et il intercalerait le texte additionnel suivant après l'art. 121, et non sous forme de complément de l'art. 119:

„Si, en matière de salaires, d'aliments et d'autres prétentions semblables, le créancier établit qu'il se trouve dans le besoin par le fait de la demeure du débiteur ou que seul le paiement de la créance à son échéance peut le préserver de cette éventualité, le juge pourra condamner le débiteur à payer une somme d'argent équitable qui, en cas de demeure, sera due au créancier en sus du montant de la créance, y compris les intérêts, et, le cas échéant, des dommages et intérêts, à moins toutefois que le débiteur ne prouve que le retard du paiement s'est produit sans intention dolosive de sa part.“

Au demeurant, M. Huber ne voit pas la nécessité d'entreprendre une revision du Code fédéral des obligations, dans le but unique d'y introduire un texte d'occasion; et cela d'autant plus que „la règle générale énoncée à l'art. 55 C. O. s'applique aussi aux contrats et pourra être utilement invoquée par analogie, dans le cas précisément que vise l'article additionnel projeté.“ Une interprétation libérale de la législation actuelle remédiera aux abus signalés.

Ajoutons que M. Huber ne conseille point de faire droit à la pétition des sociétés ouvrières de Genève et s'élève contre une assimilation aux effets de change, des créances résultant de salaires.

Le mémoire rédigé par M. le Dr. Brüstlein expose que la motion Favon est simplement destinée à faire cesser divers inconvénients d'ordre matériel, dont se plaignent les classes ouvrières; la circonstance qu'elle tend à demander une loi d'exception ne doit pas arrêter le législateur moderne.

En ce qui touche le premier point, soit l'étendue de la responsabilité du patron, M. Brüstlein insiste sur une inconséquence des rédacteurs de notre Code fédéral, qui, à l'article 121, mettent des intérêts moratoires à la charge du débiteur, indépendamment de toute faute de sa part, et qui, si

le dommage subi excède la somme représentée par les intérêts moratoires, imposent au créancier le fardeau de la preuve d'une faute commise par l'autre partie. Aussi retrancherait-il volontiers, de l'art. 121, les mots: „s'il est prouvé qu'il y a eu faute de sa part.“ Mais, poursuit M. Brüstlein, la motion ne concerne que des créances reposant sur un acte qui a l'autorité de la force jugée; or, sauf le cas d'insolvabilité, le débiteur qui ne se libère point est toujours fautif, et ce que M. Favon réclame est déjà exprimé par notre loi. Aujourd'hui, sous l'empire de l'art. 121 C. O., tout créancier possesseur d'un jugement portant condamnation de payer une somme d'argent peut exiger du débiteur en demeure des dommages et intérêts supérieurs au montant des intérêts moratoires et comprenant le tort moral comme le tort matériel causé par le retard. L'adoption de cette première partie de la motion Favon conduirait, en définitive, comme l'a démontré M. Huber, à restreindre une responsabilité qui est théoriquement illimitée aux termes de notre loi et à créer des différences de traitement d'une choquante inégalité.

Par contre, M. Brüstlein accepte la seconde proposition de M. Favon relative à la forme éventuelle et comminatoire des jugements rendus en matière de salaires, à raison de la situation fatalement précaire du créancier; ces jugements devraient, en tout état de cause, être à l'abri de contestations ultérieures. Mais une disposition légale dans ce sens rentre plutôt dans le domaine de la procédure, et M. Brüstlein recommande aux cantons d'introduire un article ainsi conçu dans leurs Codes de procédure civile:

„Si le jugement a pour objet le paiement d'un salaire ou une indemnité à allouer à un employé congédié, le tribunal pourra, à la requête de la partie demanderesse, déterminer dans le jugement même le montant du préjudice qu'éprouverait le demandeur du fait du retard apporté dans l'exécution du jugement, et condamner le défendeur à le réparer, le cas échéant.

„Le juge déterminera librement le montant de l'indemnité à allouer à cet effet, soit à forfait, soit à raison de tant

par jour de retard, sans être tenu d'exiger la justification exacte du dommage éventuel.“

Enfin, M. Brüstlein ne pense pas qu'il soit indispensable d'abréger les délais de poursuite et de faire droit aux réclamations des sociétés ouvrières de Genève.

Le Conseil fédéral, dans son Message du 25 février 1896, fait remarquer d'abord que les trois consultations aboutissent, pour des motifs différents, à des conclusions essentiellement négatives, tout en reconnaissant que la législation en vigueur est incomplète ou défectueuse. Quoiqu'il en soit, ni la motion Favon, ni la pétition genevoise ne peuvent être prises en considération telles qu'elles sont formulées. Mais les abus sont là, et il faut y chercher un remède.

Ce n'est pas d'une revision de la loi sur la poursuite pour dettes qu'il y a lieu d'attendre une solution des difficultés manifestes signalées par les auteurs de la motion et par la pétition ci-dessus. A cet égard, tout le monde est d'accord. L'idée d'abandonner la question aux codes de procédure des cantons ne semble pas pratique. La législation actuelle permettrait-elle, comme le soutiennent MM. Huber et Brüstlein, de parer à tous inconvénients? Le Message du Conseil fédéral laisse entendre que l'application directe de l'art. 55 C. O. à la faute contractuelle est inadmissible; au surplus, la jurisprudence paraît plutôt disposée à repousser cette analogie. De plus, il n'est pas nécessaire de restreindre la mesure projetée aux seuls salaires et autres créances de pareille nature, ni même à toutes les créances constatées par un jugement ou une transaction passée en justice, car il est d'autres cas dans lesquels la demeure du débiteur doit engendrer des effets identiques. Cependant, il est équitable de ne pas enlever au débiteur la faculté de se disculper et c'est une rigueur suffisante que de présumer sa faute jusqu'à preuve du contraire. Cette preuve „serait la même que celle exigée à l'art. 110, c'est-à-dire qu'elle ne serait réputée faite que si le débiteur établissait que des circonstances impérieuses, indépendantes de sa volonté, l'ont empêché de s'exécuter à temps, bien qu'il eût pris toutes les précautions désirables,“ — les conséquences

plus graves de la demeure restant subordonnées à une condition inconnue du droit actuel, à savoir le besoin du créancier.

Le Conseil fédéral n'hésite point à se déclarer pour le système d'une condamnation anticipée et éventuelle, afin d'assurer l'efficacité de la mesure proposée, puisque aussi bien cette condamnation sera exécutoire seulement si le débiteur est en demeure par sa faute. Et il propose de reviser le Code fédéral des obligations, en y introduisant un art. 121bis de la teneur suivante:

„Si le créancier établit qu'il se trouve dans le besoin par le fait de la demeure du débiteur, ou s'il rend vraisemblable que seul le paiement de la créance à son échéance peut l'en préserver, le juge compétent au principal[1]) devra condamner le débiteur à payer une somme d'argent équitable qui, en cas de demeure, sera due au créancier en sus du montant de la créance, y compris les intérêts, et des dommages et intérêts, s'il y a lieu.

„Si toutefois le débiteur établit que la demeure s'est produite sans faute de sa part, il sera exonéré de cette prestation spéciale."

II.

La question soulevée par la motion Favon n'est pas d'ordre purement académique. Elle sera reprise certainement, même si le droit civil ne devait pas être prochainement unifié, lors de la revision, qu'il n'est plus possible d'ajourner longtemps, de notre Code fédéral des obligations. Il vaut donc la peine de l'étudier et de mettre le législateur en garde contre toute solution précipitée.

Il est acquis au débat que la motion Favon est inacceptable dans sa forme primitive. Nous ne croyons pas non plus

[1]) Il y aurait, abstraction faite des autres critiques que nous adresserons à ce texte, un inconvénient à déterminer d'avance que le juge compétent au principal le sera pour la question des dommages et intérêts, du moins quand celle-ci forme l'objet d'une action spéciale. On pourrait ainsi obliger le créancier à intenter un procès ordinaire, avec recours en appel, alors que l'indemnité réclamée ne rendrait point, par elle-même, la cause appelable.

qu'il y ait urgence à y donner suite dès maintenant, sans attendre l'une ou l'autre des deux éventualités rappelées ci-dessus et qui se présenteront à brève échéance. Ces „revisionnettes“ de lois générales ne vont pas sans danger; accomplies sous l'impression du moment, mesures d'occasion, expédients provisoires, elles impliquent, par surcroît, le risque de détruire l'économie d'un édifice légal et d'en rompre l'harmonie. Il est permis de modifier telle ou telle disposition sur un point de détail, lorsqu'il y a urgence et que la solution préconisée rencontre une adhésion plus ou moins unanime. De délicates controverses, d'une portée théorique ou pratique considérable, veulent être discutées et tranchées avec un peu de loisir.

Mais le problème est intéressant et, comme nous venons de le dire, ce n'est pas vaine besogne que d'en aborder dès maintenant l'examen. Au reste, les propositions du Conseil fédéral nous paraissent très contestables.

„Dans le cas, porte l'art. 121 C. O., où le dommage qu'éprouve le créancier excède la somme représentée par les intérêts moratoires, le débiteur est tenu de réparer ce dommage, s'il est prouvé qu'il y a eu faute de sa part.“ Ce texte vise la demeure du débiteur d'une somme d'argent, essentiellement, et déroge au principe de l'art. 119 qui oblige le débiteur en retard à payer „les intérêts moratoires à cinq pour cent l'an, encore qu'un taux inférieur ait été fixé pour les intérêts conventionnels,“ abstraction faite de l'existence d'une faute à sa charge et même de l'existence d'un dommage subi par le créancier (cfr. cependant art. 120). En d'autres termes, la loi présume que le débiteur *in mora* est en faute et que son créancier a éprouvé un préjudice égal aux intérêts moratoires à cinq pour cent l'an, même lorsque la créance ne portait pas intérêts. Puis, tout à coup, par un saut de logique assez difficile à expliquer, le législateur décide que la demeure n'implique pas une faute du débiteur, ou du moins pas une faute dont la réparation puisse comprendre autre chose que les intérêts moratoires, et il impose au créancier qui a été lésé au-delà de la valeur des intérêts moratoires, la double preuve

du dommage subi et de la faute de son débiteur. Ailleurs, ce dernier, quand il est en demeure, ne peut (art. 118) s'exonérer de la responsabilité dérivant des cas fortuits „qu'en prouvant qu'il s'est trouvé en demeure sans aucune faute de sa part, ou que le cas fortuit aurait atteint la chose due au détriment du créancier, même si l'exécution avait eu lieu à temps.“ Il y a là une contradiction réelle, dont la suppression nous conduira peut-être à donner satisfaction suffisante aux vœux contenus dans la motion Favon et aux besoins signalés par le Conseil fédéral.

Les rédacteurs de notre Code sont partis de cette idée, en arrêtant la rédaction actuelle de l'art. 121, que les dommages et intérêts découlant du retard ne consistent jamais que dans les intérêts moratoires, en matière d'obligations qui tendent au seul paiement d'une somme d'argent (cfr. art. 1153 C. civ. fr.). „Comme les différents dommages et intérêts, dit Pothier, qui peuvent résulter du retard de l'accomplissement de cette espèce d'obligations, varient à l'infini, et qu'il est aussi difficile de les prévoir que de les justifier, il a été nécessaire de les règler, comme par une espèce de forfait, à quelque chose de fixe,“ soit au profit légitime que le créancier aurait pu retirer de la somme due, si elle lui eût été payée. Mais le droit français (art. 1147 C. civ.) n'en proclame pas moins le principe que le retard dans l'exécution entraîne, s'il y a lieu, une condamnation du débiteur à des dommages et intérêts, „toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une faute étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.“ C'est aussi la règle du droit commun (*Windscheid*, II, no 277, chif. 4).

Ainsi, le débiteur en demeure est présumé en faute. Dans les cas de dettes d'argent, il est tenu, indépendamment de la preuve d'un dommage par le créancier, à la prestation d'intérêts moratoires, pour les raisons indiquées plus haut. Cette présomption de faute ne peut être détruite que par une preuve contraire administrée par le débiteur; elle est admise sans exception. Pourquoi disparaîtrait-elle soudain, lorsque, dans

l'hypothèse de l'art. 121, le créancier établit qu'il a subi un préjudice supérieur aux intérêts moratoires? On ne sait; le législateur l'efface arbitrairement. On a voulu alléger la situation du débiteur, le mettre au bénéfice d'une mesure de protection spéciale; on a perdu de vue le créancier, dont la position n'offre souvent pas moins d'intérêt et ne mérite pas moins de sollicitude, comme le montrent les faits qui ont provoqué la motion Favon.

Le mieux ne serait-il pas de résoudre en faveur du droit, ce conflit entre le droit et la légalité? Le droit dit au débiteur en demeure: „Tu réponds des conséquences de l'inexécution au jour de l'échéance; si tu n'as pas exécuté, tu es censé être en faute, puisque tu n'as pas rempli à temps l'engagement que tu avais assumé.“ La légalité réplique: „Distinguons;“ mais son *distinguo* ne repose sur aucune base sérieuse. La vérité est que le débiteur *in mora* est en faute, par le seul fait de sa demeure, s'il ne justifie pas que son retard est imputable à une cause qui lui est étrangère: dans cette dernière alternative, la responsabilité civile cesse naturellement avec l'imputabilité.

Nous n'avons pas les scrupules du Conseil fédéral, et moins encore ceux de Mr. Huber: „Le mémoire de M. Huber, nous apprend le Message, admet que le débiteur puisse déjà se disculper en établissant n'avoir eu aucune intention dolosive; ce qui, croyons-nous, ne va pas assez loin, parce que la simple négligence, à notre avis, devrait suffire pour rendre plus rigoureuses les conséquences de la demeure. Aussi préférons-nous exiger la preuve de l'absence d'une faute, sans nous dissimuler, il est vrai, que nous aggravons ainsi considérablement la situation du débiteur.“ Cette aggravation ne nous inquiète point, puisqu'elle est commandée par la logique du système légal. Le débiteur qui n'exécute pas à l'échéance est réputé en faute, s'il ne se disculpe point; voilà la théorie de la loi, sauf à l'art. 121 C. O.

Comme nous le faisions observer dans notre *Manuel du droit fédéral des obligations* (p. 162), après avoir donné le texte de l'art. 121: „Règle bien étrange, c'est au créancier

qu'il incombe d'établir la faute du débiteur, quand il ne devrait avoir à prouver que l'existence d'un préjudice supérieur au montant des intérêts moratoires." Effectivement, on impose au créancier l'administration d'une preuve impossible, dans la plupart des cas, si l'on veut réellement qu'il établisse à la charge du débiteur l'existence d'une faute, outre la faute impliquée par le retard; ou, si le juge incline à voir déjà une faute dans le simple fait de la demeure et qu'il apprécie très libéralement la preuve tentée par le créancier, le débiteur n'en est pas moins presque obligé d'entreprendre une preuve libératoire. Il est donc plus normal, plus rationnel, d'envisager les choses telles qu'elles sont, de tenir le débiteur pour fautif dès qu'il est *in mora*, d'autoriser le créancier à réclamer la réparation intégrale du dommage que lui cause la demeure, mais de réduire le chiffre de la réparation à la valeur des intérêts moratoires, lorsque le débiteur réussit à démontrer qu'il n'est point coupable du retard.

Si nous examinons l'art. 121 bis proposé par le Conseil fédéral, nous voyons que l'art. 121 serait maintenu, que la preuve de la faute continuerait à incomber au créancier qui réclamerait des dommages et intérêts plus élevés que les intérêts moratoires, à moins qu'il ne justifiât „qu'il se trouve dans le besoin par le fait de la demeure du débiteur, ou qu'il ne rendît vraisemblable que seul le paiement de la créance à son échéance peut l'en préserver." Une exception à une exception! En quoi la circonstance que la demeure peut augmenter ou déterminer l'état de gêne du créancier importe-t-elle pour décider la question de savoir si la demeure du débiteur constitue véritablement une faute? Une faute est un fait du coupable, et son existence, sinon sa gravité, ne dépend pas da la situation de la victime. D'après l'art. 121 actuel et le nouvel art. 121 bis, nous aboutirions à ces conclusions singulières: Le retard du débiteur d'une somme d'argent est considéré comme une faute très légère, qui entraîne uniquement un paiement d'intérêts moratoires à cinq pour cent l'an; si le créancier entend être indemnisé plus largement, il doit prouver, d'abord, qu'il a éprouvé un dommage supérieur et

ensuite, que le débiteur, déjà réputé en faute, est encore plus en faute qu'il ne lui est permis de l'être sans en être trop puni; mais si ce même créancier est dans le besoin ou court le risque d'être gêné à raison de la demeure du débiteur, dès qu'il a établi sa gêne, il n'a plus à prouver ni faute du débiteur, ni autre dommage, pour être en droit de demander „une somme équitable, qui sera due au créancier en sus du montant de la créance, y compris les intérêts, et des dommages et intérêts, s'il y a lieu," — comme si la gêne du créancier était adéquate à la faute du débiteur! Au surplus, ce n'est pas la seule gêne du créancier qui devrait entrer en ligne de compte ici, mais bien la conscience, chez le débiteur, que la demeure augmente ou provoque le besoin du créancier et qu'elle est malicieuse.

Certes, le créancier qui est en proie à des embarras financiers, ou qui se voit même privé temporairement de ses moyens de subsistance, ou d'une partie des ressources nécessaires à l'entretien de sa famille, par suite de la demeure d'un débiteur, est digne de toute sollicitude. Toujours est-il que le débiteur n'est responsable que de sa faute et du dommage qui en résulte; il ne devrait pouvoir être condamné à une indemnité supérieure au préjudice réellement établi, que s'il diffère de s'exécuter par esprit de mauvais vouloir et de chicane. Il ne paraît pas indispensable d'accorder, en cette matière, à côté des dommages et intérêts, le moyen supplétoire d'une véritable peine civile. Il suffit de donner à la notion des dommages et intérêts assez d'élasticité et de laisser au juge assez de latitude, pour que tous les cas imaginables puissent recevoir une solution conforme aux règles de l'équité (cfr. art. 116, applicable par analogie).

Le Conseil fédéral admet, de plus, la possibilité d'une condamnation anticipée et éventuelle, toujours sous les conditions exprimées au début de son art. 121 bis.

Deux alternatives peuvent se présenter:

1° Ou bien, la créance échue n'est pas contestée, mais le débiteur est en demeure; le créancier a droit aux intérêts moratoires et, s'il veut obtenir en outre „une somme d'argent équitable," plus „des dommages et intérêts, s'il y a lieu," il

intentera un procès au débiteur et il le gagnera moyennant prouver, d'une part, qu'il se trouve dans le besoin du fait de la demeure et moyennant, d'autre part, que le débiteur ne parvienne pas à démontrer que son retard est excusable. Ici, l'art. 121bis ne confère guère d'avantage sérieux au créancier qu'en ce qu'il a déplacé le fardeau de la preuve relativement à la faute. Il n'est pas question, dans cette espèce, de condamnation éventuelle et anticipée, puisque la demeure est constante depuis l'échéance et dès avant le procès; l'action de la justice doit s'exercer non en vue de l'avenir, mais du passé; l'indemnité pourra comprendre, si la demeure a provoqué la gêne du créancier, une sorte d'amende civile qui se greffera sur le dommage établi. Mais n'arriverait-on pas au même but, sans disposition légale exceptionnelle, sans rompre avec la notion des dommages et intérêts, sous l'empire de la législation actuelle, en imposant simplement, à l'art. 121, le fardeau de la preuve au débiteur? L'art. 116 nous enseigne que les dommages et intérêts embrassent „en tout cas — donc, à titre de minimum — le préjudice qui a pu être *prévu*, au moment du contrat, comme une conséquence immédiate de l'inexécution.“ Or, dans les espèces visées par la motion Favon du moins, le patron ne peut-il pas „prévoir,“ en engageant un ouvrier ou un employé sans autres ressources que celles provenant de son travail, qu'il l'acculerait au besoin en ne s'acquittant pas régulièrement envers lui? N'a-t-il pas *dû* le prévoir même? Et, puisque le dommage prévu lors de la conclusion du contrat est un minimum de réparation, puisque, d'ailleurs, en vertu de l'art. 116 alinéa 2, „il appartient au juge d'évaluer le dommage en tenant compte des circonstances,“ puisque enfin, d'après le 3me alinéa du même article, il lui appartient également, „en cas de faute grave, d'accorder de plus amples dommages et intérêts,“ ne sommes-nous pas autorisé à prétendre que, dans cette première alternative et avec l'unique correctif du déplacement du fardeau de la preuve, les art. 121 et 116 protègent largement le créancier? L'art. 121bis ne ressemble-t-il pas à une superfétation, ingénieuse mais artificielle, et qui crée sans motifs impérieux

l'amende civile en matière de faute contractuelle? Le créancier peut, en invoquant les prescriptions en vigueur de notre Code fédéral, et sauf la réserve faite au sujet de la preuve, obtenir de son débiteur en demeure tout ce qui lui est légitimement dû.

2° Ou bien, la créance échue est contestée témérairement — si elle l'est à juste titre, l'art. 121 bis est inapplicable — et le débiteur en demeure aggrave son retard en le prolongeant. Une action en dommages et intérêts, basée sur l'art. 121 modifié comme nous l'avons indiqué, et sur l'article 116 *in fine*, procurera au créancier la réparation du tort qui lui est advenu jusqu'à l'introduction de l'instance, ou même, suivant certaines procédures cantonales, jusqu'au jugement.

Mais, nous dira-t-on, il reste le préjudice que le créancier éprouvera, en sus des dommages et intérêts alloués, si le débiteur en demeure une première fois se prévaut, pour différer l'exécution du jugement, des délais de poursuite et ne paie qu'à la dernière extrémité; et même, d'après certaines procédures cantonales, le jugement ne lui aura pas accordé de réparation pour le dommage qui lui a été occasionné à compter de l'introduction de l'instance. L'objection est fondée. Seulement, l'art. 121 bis ne l'écarte point. Il ne s'occupe que du „paiement *à l'échéance*“ et de la „*demeure* du débiteur“ qui a *laissé passer l'échéance sans se libérer*. Il ne permet au juge de „condamner le débiteur à payer une somme d'argent équitable,“ qu'en „cas de demeure,“ — dans le cas de la demeure préalable, si nous pouvons ainsi parler, et *non pas à raison de l'inexécution du jugement*. Le but de la motion Favon n'est certainement pas atteint; et l'art. 121 bis ne consacre nullement cette „condamnation éventuelle et anticipée“ qui, si nous en croyons le Message du Conseil fédéral, devrait y être explicitement autorisée. Car, encore une fois, ce qu'il vise, c'est bien la *demeure originaire* du débiteur. On n'en peut douter, à lire les premières lignes de cet article: „Si le créancier établit qu'il se trouve — non pas: qu'il se *trouverait* — dans le besoin par le fait de la demeure du débiteur, ou s'il

rend vraisemblable que seul le paiement de la créance à son échéance — donc: à son *échéance normale* — peut l'en préserver — c'est-à-dire: *aurait pu* l'en préserver — le juge compétent au principal," etc. L'art. 121 bis se réfère au passé, non à l'avenir; il porte sur le préjudice souffert, non sur le préjudice éventuel; il permet une condamnation rétrospective, non une condamnation anticipée. Si cette disposition devait avoir un autre sens, plus étendu, il faudrait la rédiger autrement.

Nous avons expliqué que la législation actuelle est suffisante dans tous les cas, sauf le déplacement du fardeau de la preuve, pour autant qu'il s'agit de la réparation du dommage dérivant de la demeure avant l'introduction de l'instance, ou avant la date du jugement, — les procédures cantonales divergeant à cet égard. Pour le dommage futur et éventuel, les lois existantes ne fournissent aucune sanction, si ce n'est celle d'un nouveau procès que le créancier n'aura peut-être ni le courage ni les moyens d'entreprendre. Mais d'abord, comme le fait remarquer M. Soldan, à supposer qu'on s'en tienne au point de vue de MM. Favon et consorts, „on ne saurait admettre en équité que cette condamnation éventuelle doive déployer ses effets, lorsque le débiteur peut justifier le retard par une excuse valable et l'on retombe alors dans l'inconvénient résultant de la possibilité d'un nouveau litige." Et puis, ce nouveau litige, si le débiteur est solvable, s'il ne retarde sa libération que par malice, le créancier pourra l'introduire aisément en se mettant au bénéfice du droit des pauvres; il est sûr d'arriver à ses fins, sans courir de risque, sans avancer de frais. Enfin, il est prudent de ne pas accorder au juge un pouvoir excessif, surtout dans l'état de notre organisation judiciaire, de ne pas substituer les fantaisies de l'arbitraire aux règles de la loi et de ne pas augmenter, sans nécessité, la part du privilège dans le droit.

Maintenons, autant que possible, la séparation naturelle entre les deux domaines des législations civile et pénale. En réalité, celui qui, dolosivement, porte atteinte aux droits d'autrui est passible d'une peine. Les faits invoqués à l'appui de la motion Favon ont un caractère délictueux; que le futur Code

pénal suisse les réprime, mais, pour le surplus, le Code fédéral des obligations remédiera aux conséquences civiles des abus signalés, dès que l'art. 121 aura subi le changement qui s'impose et sur lequel nous avons insisté. On pourra, du reste, abréger les délais de poursuite, dans la loi sur la matière, pour les créances résultant de jugements ou d'actes qui leur sont assimilés; c'est même désirable. Mais l'art. 121 bis n'est pas acceptable, à notre avis, du moins tel qu'il est formulé; il ne crée pas la clause pénale judiciaire à laquelle il devait tendre, et, s'il la créait, nous la tiendrions pour dangereuse.

Nous proposerions de modifier l'art. 121 comme suit, lors d'une revision générale du Code fédéral des obligations:

„Lorsque le dommage causé au créancier excède la somme représentée par les intérêts moratoires, le débiteur est tenu de le réparer, *s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.*"

Schweizerische Rechtsgesetzgebung des Jahres 1896.

Von Andreas Heusler.

Erster Teil.

Bundesgesetzgebung.

Enthalten in der amtlichen Sammlung der Bundesgesetze, auf die sich die citierten Band- und Seitenzahlen beziehen.

I. Civilrecht.

1. Personenrecht.

1. *Uebereinkunft mit Frankreich betreffend die Regelung der Beziehungen zwischen der Schweiz und Tunis.* Abgeschlossen den 14. Oktober 1896. Ratifiziert von der Schweiz am 22. Dezember 1896, von Frankreich am 25. Januar 1897. (XVI S. 12 ff.)

Die Verträge und Konventionen jeder Art, die zwischen der Schweiz und Frankreich in Kraft bestehen, werden auf Tunis ausgedehnt. Die Behandlung auf dem Fusse der meistbegünstigten Nation in Tunis schliesst die französische Behandlung nicht in sich.

2. *Erklärung zwischen der Schweiz und Belgien betreffend die Unterstützung und Heimschaffung der dürftigen Angehörigen der beiden Länder.* Vom 12. November. (XV S. 556 ff.)

Jeder der beiden Staaten gewährt den dürftigen Angehörigen des andern in den Grenzen seines Gebietes die gleiche Unterstützung wie er sie den eigenen Armen nach Vorschrift der Gesetze über die öffentliche Unterstützung zu Teil werden lässt. Es folgen noch nähere Bestimmungen über die Heimschaffung solcher Dürftigen. Die Uebernahme derselben kann nicht aus dem Grunde abgelehnt werden, weil sie ihre Staatsangehörigkeit verloren hätten, es sei denn, dass sie eine andere Nationalität erworben haben. Die Heimschaffung kann unterbleiben, wenn die Beteiligten vereinbart haben, dass der Hilfsbedürftige an seinem Wohnorte die weitere Fürsorge gegen Rückerstattung der Kosten seitens des dazu Verpflichteten erhalten soll. Gegen die privatrechtlich zur Unter-

stützung verpflichteten und leistungsfähigen Personen bleibt der Anspruch auf Ersatz der Unterstützungskosten vorbehalten, und die kontrahierenden Staaten sollen sich gegenseitig zur Realisierung dieses Anspruchs in den Schranken ihrer Gesetzgebung Beistand leisten. Sechsmonatliche Kündigung dieses Vertrags ist vorbehalten.

---

2. Sachenrecht.

3. *Beitritt Norwegens zur internationalen Uebereinkunft betreffend den Schutz des litterarischen und künstlerischen Eigentums.* Vom 13. April. (XV S. 450.)

4. *Beitritt von Brasilien zu den anlässlich der Konferenz der internationalen Union zum Schutze des gewerblichen Eigentums in Madrid am 14. April 1891 abgeschlossenen Uebereinkünften.* Vom 3. Oktober. (XV S. 532.)

5. *Vollziehungsverordnung* (des Bundesrates) *zum Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente.* Vom 10. November. (XV S. 533 ff.)

Diese Verordnung, in Wirksamkeit getreten den 1. Dezember, ersetzt die vom 21. Juli 1893 (vgl. diese Zeitschr. N. F. XIII S. 389), die sie nur in wenigen Punkten ergänzt. Im Art. 21 fand der bisher nicht publizierte Bundesratsbeschluss vom 18. September 1894 betreffend Verwendung der bleibend hinterlegten Modelle Aufnahme. Das besondere Formular für Patentgesuche um den zeitweiligen Ausstellungsschutz ist weggefallen, die Bestimmungen über den Ausstellungsschutz sind teilweise modifiziert worden (Art. 41, Fristverlängerung, Taxermässigung, Festsetzung des Zulassungsdatums). In Art. 7 Abs. 2 wird die Bedeutung des Patentanspruches näher ausgeführt. Neu ist auch der Zusatz in Art. 43, dass das Patentamt seine Beziehungen zu Patentagenten oder sonstigen die Vertretung in Patentangelegenheiten berufsmässig ausübenden Personen abbricht, die sich als unfähig erweisen.

6. *Verordnung* (des Bundesrats) *über die Bannbezirke für das Hochgebirgswild.* Vom 14. August. (XV S. 502 ff.)

Die in Art. 5 des B.-Ges. über Jagd und Vogelschutz vorgesehenen, alle fünf Jahre neu zu bestimmenden Jagdbannbezirke werden hier auf die künftigen fünf Jahre neu festgesetzt und begrenzt.

---

3. Obligationenrecht.

7. *Bundesratsbeschluss betreffend Zusatzbestimmungen zur Vollziehungsverordnung über Mass und Gewicht und zur Anleitung für die schweizerischen Eichmeister.* Vom 21. August. (XV S. 515 ff.)

Zulassung von Gewichten aus Glas für den öffentlichen Verkehr und Vorschriften über deren Beschaffenheit.

8. *Bundesratsbeschluss betreffend Aufhebung von § 13 des Regulativs vom 29. März 1892, betreffend den Verkauf von Handfeuerwaffen.* Vom 4. Dezember. (XV S. 600.)

Dieser hiedurch aufgehobene Paragraph hatte die Ausfuhr von Ordonnanzwaffen oder Bestandteilen zum Verschlusssystem und von Ordonnanzmunition nur mit Bewilligung der Kriegsmaterialverwaltung und nach Verständigung mit dem Patentinhaber gestattet.

9. *Bundesratsbeschluss betreffend die Stempelung der nach Russland bestimmten Uhrgehäuse.* Vom 8. Juni. (XV S. 462 f.)

10. *Kreisschreiben* (des Bundesrates) *an sämtliche Kantonsregierungen betreffend die Veröffentlichung der Namen der Inhaber von Ausweiskarten für Handelsreisende.* Vom 8. Juni. (BB. 1896, III S. 547 f.)

11. *Bundesratsbeschluss betreffend Abänderung von Art. 31 der Transportordnung für die schweizerischen Posten.* Vom 6. Januar. (XV S. 360.)

Adresskarten und einzelne Drucksachen, soweit sie sich dazu eignen, können offen oder gefaltet ohne Umschlag u. dgl. aufgegeben werden.

12. *Bundesratsbeschluss betreffend Abänderung von Art. 35 Ziffer 3 der Transportordnung für die schweizerischen Posten.* Vom 12. März. (XV S. 434.)

Die Unzulässigkeit der Versendung fremder Beilagen zu postamtlich abonnierten Zeitungen nach dem Auslande bleibt als Regel bestehen, aber beigefügt wird der Vorbehalt anderer Vereinbarungen.

13. *Beitritt der britischen Kolonien Ascension und St. Helena zum Weltpostvertrag.* Vom 8. September. (XV S. 529.)

14. *Bundesgesetz über das Rechnungswesen der Eisenbahnen.* Vom 27. März. (XV S. 517 ff.) (Vgl. amtl. stenographiertes Bulletin der Bundesversammlung, Kommentar in der Beilage zum „Berner Korrespondenzblatt" Nr. 8 (III. Jahrgang) 1896.)

Das Gesetz tritt an die Stelle des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 1883 über das Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften. Das Gesetz von 1883 hatte das Hauptaugenmerk darauf gerichtet, die Bereinigung der Bilanzen der Eisenbahngesellschaften durch Definition des Begriffs des Baukonto und durch Aufstellung von Vorschriften über die Amortisation der gemäss den neuen Vorschriften aus der Bilanz zu entfernenden Aktivposten zu erzielen. Das neue Gesetz, das ein Ergebnis der durch das Eisenbahndepartement betriebenen Vorberatungen des Eisenbahnrückkaufes ist, geht weiter, indem es einerseits die Vorschriften betreffend die Gestaltung des Baukontos präzisiert und ausdehnt, andererseits Normen für die Ermittelung des Betriebsertrages aufstellt und endlich geradezu den gerichtlichen Austrag der Streitigkeiten über den Rückkaufswert vorbereitet.

Das Gesetz gilt nicht nur für die Eisenbahnaktiengesellschaften, sondern für die Eisenbahnen überhaupt, also auch für die von Kantonen oder ausländischen Unternehmungen (Staaten) betriebenen Linien, mit Ausnahme der Vorschriften über die Bildung des Erneuerungsfonds. Alle Bahnunternehmungen haben für jede konzessionierte Linie die dem neuen Gesetze entsprechenden Ausweise über Anlagekapital und Baurechnung dem Bundesrate einzugeben. Wird die Vorlage der konzessionsmässig ausgeschiedenen Ausweise unterlassen, so kann der Bundesrat die sämtlichen Linien der betreffenden Unternehmung als einheitliches Rückkaufsobjekt erklären.

Baurechnung (Art. 4—9). Die Belastung der Baurechnung mit Organisations- und Verwaltungskosten, Bauzinsen, Unterhaltskosten der ersten Betriebsmonate wird enger begrenzt. Ausgaben für Verbesserung oder Verstärkung des Oberbaues dürfen nicht auf Baukonto getragen werden. Bei Transporten zu Bauzwecken des eigenen Unternehmens dürfen nur die Selbstkosten in Baukonto gestellt werden. Auf Baukonto dürfen auch nicht getragen werden: Gründungskosten, insbesondere Ausgaben für Konzessionserwerbung, Vorstudien und Vorprojekte, und für die Konstituierung der Gesellschaft; Geldbeschaffungskosten und Kursverluste, Subventionen an andere Eisenbahnen, an Strassen, Brücken und Gebäude ausserhalb des Bahngebietes, die aus Subventionen à fonds perdus gedeckten Baukosten, die Kosten der Betriebsorganisation. Subventionen à fonds perdus, die eine Eisenbahnunternehmung empfangen, dürfen nicht in die Bilanz aufgenommen werden.

Betriebsrechnung (Art. 10—14). Der Unterhalt der bestehenden Anlagen hat aus den laufenden Betriebseinnahmen zu erfolgen. Die Schuldenzinse, die gesetzlichen Einlagen in den Erneuerungsfond und die vorgeschriebenen Einlagen in andere Fonds, Abschreibungen und Amortisationen gehören in die Gewinn- und Verlustrechnung, auch wenn die Betriebseinnahmen zur Bestreitung derselben unzureichend sind. Ein Erneuerungsfond ist zu bilden mit Rücksicht auf die Abnutzung von Oberbau, Rollmaterial, Mobiliar und Gerätschaften (nicht für den Hochbau und Unterbau). Die jährlichen Einlagen in den Erneuerungsfond sind als Betriebsauslagen zu behandeln. Sein Betrag ist in die Passiven der Bilanz aufzunehmen, der Bestand soll jederzeit dem vollen Betrage des materiellen Minderwertes der genannten Anlagen entsprechen. Die Beträge der jährlichen Einlagen in den Erneuerungsfond werden vom Bundesrate festgesetzt. Gegen die bezüglichen Entscheidungen steht den Bahnunternehmern der Rekurs an das Bundesgericht zu; die rückständigen Einlagen in den Erneuerungsfond und die aus dem Baukonto zu entfernenden Posten sind durch Zuschüsse aus den jährlichen Betriebseinnahmen zu amortisieren. Der Bundesrat stellt den Amortisationsplan auf.

R e c h n u n g s p r ü f u n g (Art. 15—19). Der Bundesrat hat Rechnungen, Bilanzen und Ausweise über Reinertrag und Anlagekapital zu prüfen; den Bahnunternehmungen steht gegen seine Verfügungen der Rekurs an das Bundesgericht zu.

E r m i t t e l u n g des R ü c k k a u f s w e r t e s (Art. 20—21). Der Bundesrat soll sich mit den Bahnunternehmungen über die Beträge verständigen, welche für die abgelaufene Zeit auf Baurechnung getragen werden dürfen, und welche dem Erneuerungsfond gutzuschreiben sind; ebenso soll er sich mit den Unternehmungen über die Grundsätze zu verständigen suchen, nach welchen der Reinertrag und das Anlagekapital im Sinne der Konzessionen festgesetzt werden soll. Mangels einer Verständigung entscheidet der Bundesrat, und es steht den Bahnen der Rekurs an das Bundesgericht zu. Endlich wird an die Stelle der in den älteren Konzessionen vorgesehenen Schiedsgerichte zur Ermittelung des Rückkaufspreises durch das Gesetz das Bundesgericht gesetzt.

Diese letztgenannte Bestimmung erregte am meisten Widerspruch bei den Beratungen und kann in der That nur als ein Missbrauch der Gewalt des Gesetzgebers behufs leichterer Erreichung staatlicherseits angestrebter Ziele bezeichnet werden; mag man noch so weit gehen in der Auffassung, dass durch die Konzessionen den Eisenbahnen keine Privatrechte zugesichert worden seien und dass der Staat durch Konzessionsakte seine „Hoheit" nicht veräussern könne, so sind doch jedenfalls die Bestimmungen der Konzessionen über den Rückkauf (wie es schon der Name sagt) rein civilrechtlicher Natur, ein pactum de emendo, wodurch der Staat sich das Recht verschafft hat, in bestimmten Zeitpunkten eine emptio venditio abzuschliessen, und zwar sind sowohl res als pretium zum voraus fixiert und im Streitfalle auf das arbitrium boni viri abgestellt, dem in der Konzession gewisse Instruktionen gegeben sind; das ist alles privatrechtlich und sogar korrekt römisch-rechtlich. Das Vorgehen der Bundesbehörden berührte um so peinlicher, als wenigstens der Centralbahn die Schiedsgerichte nicht nur in den Konzessionen, sondern in dem Vertrage über die Zusammenlegung der Konzessionen vom Bundesrate im Jahre 1890, von der Bundesversammlung im Jahre 1893 ausdrücklich neuerdings waren zugesichert worden.

Was im Uebrigen die Tragweite des neuen Rechnungsgesetzes betrifft, so kann darüber kein Zweifel bestehen, dass seine Definitionen der Begriffe Anlagekapital und Betriebsertrag allerdings für die Rechnungsführung verbindlich sind, dagegen nicht zugleich auch die gerichtliche Erörterung dieser Begriffe in ihrer Bedeutung für die Feststellung des Rückkaufspreises abschneiden wollen; weder die Bahnen, noch die Bundesbehörden sind durch die Vorschriften des Gesetzes in dieser materiellen Frage gebunden; das Gesetz will

nur durch seine Vorschriften dafür sorgen, dass die für die Ermittelung des Rückkaufswertes nach Ansicht der Bundesbehörden wesentlichsten Faktoren aus den Rechnungsaufstellungen baldmöglichst klar ersehen werden können; diese Auffassung tritt insbesondere in Absatz 2 des Art. 20 klar zu Tage, beherrschte übrigens auch die massgebenden Voten der parlamentarischen Debatten.

15. *III. Nachtrag zum Transport Reglement der schweizerischen Eisenbahn- und Dampfschiffunternehmungen vom 1. Januar 1894.* Gültig vom 1. März 1897 an. Genehmigt vom Bundesrat durch Beschluss vom 12. Dezember. (XVI S. 1 ff.)

Ergänzungen zu den §§ 33 (Haftung der Eisenbahnen für das Gepäck), 48 (Ein- und Ausladen von Hengsten und bösartigen Zuchttieren), 55 (Aufgabezeit für Güter), 59 (Inhalt des Frachtbriefes).

16. *Zusatzvereinbarung vom 16. Juli 1895 zum internationalen Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr. Ratifikation durch Oesterreich-Ungarn und die Niederlande und endgültige Inkraftsetzung für alle Vertragsstaaten.* Vom 1./6. Oktober und 21. September. (XV S. 564.)

Die Zusatzvereinbarung (diese Zeitschr. N. F. XV S. 360 Nr. 13) gilt nun infolge dieser Ratifikationen vom 23. November 1896 an für alle beim Hauptübereinkommen beteiligten Staaten.

17. *Zusatzerklärung zur internationalen Uebereinkunft vom 14. Oktober 1890 über den Eisenbahnfrachtverkehr.* Vom 20. September 1893. In Kraft getreten am 21. September 1896. (XVI S. 42 f.)

Die Ratifikationsurkunden Deutschlands und der Niederlande sind erst am 21. September 1896 übermittelt worden, daher die Publikation erst jetzt hat stattfinden können. Der Zusatz bestimmt das für Beitritt neuer Staaten zu der Union einzuschlagende Verfahren (Eingabe des Gesuchs an den schweizerischen Bundesrat, Uebermittlung von diesem an das Centralamt zur Prüfung und Mitteilung seiner Vorschläge an die Unionsstaaten, bei Genehmigung Anzeige an den betreffenden Staat und die Unionsstaaten, Rechtskraft des Beitritts ein Monat nach dieser Anzeige).

18. *Verordnung* (des Bundesrats) *betreffend den Bau und Betrieb von Dampfschiffen und anderen mit Motoren versehenen Schiffen auf den schweizerischen Gewässern.* Vom 18. Februar. (XV S. 405 ff.)

Wesentlich technische Vorschriften.

19. *Verordnung* (des Bundesrats) *über die Dienststunden der Telegraphenbureaux und Telephoncentralstationen III. Klasse.* Vom 24. April. (XV S. 451 ff.)

19a. *Verordnung* (des Bundesrats) *über die Entschädigungen für Sonntagsstellvertretung von Telegraphenbureaux und Telephoncentralstationen III. Klasse.* Vom 24. April. (XV S. 454 f.)

20. *Beitritt von Portugal zum internationalen Telegraphenvertrag für einige seiner Kolonien.* Vom 1. März. (XV S. 433.)

Beitritt von Neu Caledonien (französische Kolonie) zum internationalen Telegraphenvertrag. Vom 26. März. (XV S. 435.)

21. *Bundesratsbeschluss betreffend Abänderung des Art. 169 der Vollziehungsverordnung zum Zollgesetz, vom 12. Februar 1895.* Vom 29. Mai. (XV S. 460 f.)

Betrifft die Dauer der Berücksichtigung von Reklamationen bezüglich der Zollbehandlung.

II. Strafprozess.

22. *Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und Oesterreich-Ungarn.* Vom 2. Juni 1896 (XV S. 565 ff.), in Kraft vom 28. Februar 1897 an auf 10 Jahre, bezw. bis auf 1 Jahr nach dem Tage der Kündigung seitens eines der vertragschliessenden Teile.

Am 10. November 1884 liess die österreichisch-ungarische Regierung dem Bundesrate mitteilen, dass sie den bestehenden Auslieferungsvertrag vom 17. Juli 1855 zu künden gedenke und bei eventuellen Unterhandlungen über einen neuen Vertrag die belgische Attentatsklausel sanktioniert wissen möchte. Da der Bundesrat hierauf nicht eingehen konnte, zogen sich die Verhandlungen in die Länge, bis man sich endlich rücksichtlich dieses Punktes in einer Weise einigte, die den Anschauungen der Schweiz und ihrer Jurisprudenz entsprach.[1]) Der demzufolge von den Vertragsstaaten abgeschlossene neue Vertrag vom 17. November 1888 wurde vom Bundesrate mit Botschaft vom 30. März 1889 (BB. 1889, I, S. 845 ff.) der Bundesversammlung zur Genehmigung vorgelegt. Die mit der Prüfung der Vorlage beauftragte Kommission des Nationalrats kam aber zum Schluss, dass, bevor dem vorgelegten Vertrage zugestimmt werden könne, die Unterscheidung politischer und gemeiner Verbrechen bundesgesetzlich festgestellt werden solle, und ersuchte daher am 8. Juni 1889 den Bundesrat um seine Vernehmlassung über die Frage:

> Ob es nicht geboten wäre, allgemeine das Auslieferungswesen beschlagende Normen festzustellen, welche der Schweiz als Basis gegenüber anderen Staaten dienen würden..

Es gab dies Anlass dazu, die Vorarbeiten eines Bundesgesetzes über die Auslieferung gegenüber dem Auslande zu beschleunigen. Bekanntlich kam ein solches Gesetz am 22. Januar 1892 zu stande und trat mit 19. Mai 1892 in Kraft. Auf dieses ihn nunmehr bin-

[1]) Vgl. v. Salis, Schweizerisches Bundesrecht III (1892) 429 ff.

dende Gesetz gestützt, konnte der Bundesrat zum Abschluss neuer Verträge schreiten. Die Verhandlungen mit Oesterreich-Ungarn wurden Ende Oktober 1892 wieder aufgenommen. Zufolge grossen Entgegenkommens dieser Staaten war es der Schweiz möglich, bei Normierung der einzelnen wichtigen Punkte ihre Anschauungen zur Anerkennung zu bringen. Lediglich bezüglich des von der Schweiz gewünschten direkten Verkehrs der Behörden der Vertragsstaaten musste man, da vorläufig nur eine Verständigung betreffs des Grenzverkehrs möglich erschien, auf weitere, bald in Angriff zu nehmende, Verhandlungen abstellen. Somit konnte der Bundesrat mit Botschaft vom 16. März 1896 der Bundesversammlung den neuen Vertrag vom 10. März 1896 als durchaus dem Bundesrecht entsprechend zur Genehmigung vorlegen. Er erhielt denn auch die Genehmigung des Ständerats am 27. März 1896, die des Nationalrats am 2. Juni 1896. Die Ratifikationsurkunden wurden zwischen den Bevollmächtigten am 28. November 1896 in Bern ausgewechselt. Nach Art. XXV des Vertrags tritt dieser mit 28. Februar 1897 in Kraft.

Entsprechend der verfassungsrechtlichen Stellung Ungarns zu Oesterreich ist die Einleitung (Präambel) wie der Schluss zu dem sonst in deutscher Uebersetzung des französischen Originaltextes wiedergegebenen Vertrage lateinisch abgefasst.

Art. I enthält neben den sonst üblichen Bestimmungen über die Fälle, in denen die Auslieferung stattfinden soll, die besondere Bestimmung:

> Würde die strafbare Handlung, auf welche sich das Auslieferungsbegehren gründet, in einem dritten Staate begangen, so wird die Auslieferung zugestanden, wenn die Gesetzgebungen der vertragschliessenden Teile die gerichtliche Verfolgung solcher Handlungen, auch wenn sie im Auslande verübt worden sind, gestatten und es dem um die Auslieferung ersuchten Staate nicht obliegt, den Verbrecher vor seine eigenen Gerichte zu stellen oder an die Regierung desjenigen Staates auszuliefern, auf dessen Gebiet die strafbare Handlung begangen worden ist.

Auch ist in Nr. 4 des Schlussprotokolls vereinbart, dass der Vertrag nicht hindert, dass von dem einen und dem andern Teile, mit oder ohne Vorbehalt des Gegenrechts, auch wegen einer im Vertrage nicht vorgesehenen strafbaren Handlung die Auslieferung gewährt werden kann, sofern dies nach den Gesetzen des ersuchten Staates zulässig ist.

Die Auslieferungsdelikte werden (Art. II) unter 32 Nummern aufgezählt (einschliesslich Versuch und Teilnahme). Der besonders wichtige, die politischen Verbrechen betreffende Art. III lehnt sich völlig an die Bestimmungen des Art. 10 des Bundesgesetzes vom

22. Januar 1892 an, so dass also der ersuchte Staat im einzelnen Falle nach freiem Ermessen darüber entscheidet, ob die Handlung, falls der Thäter einen politischen Beweggrund oder Zweck vorschützt, vorwiegend den Charakter eines gemeinen Verbrechens oder Vergehens hat.[1] Stehen politische Delikte mit gemeinen in Verbindung, so dürfen die Gerichte der Vertragsstaaten bei Beurteilung und Bestrafung der Ausgelieferten nach Nr. 1 des Schlussprotokolls ausschliesslich die gemeinen Delikte in Betracht ziehen und sich nicht von den ihrer Kognition entzogenen Handlungen beeinflussen lassen.

Wegen Uebertretung fiskalischer Gesetze und wegen reiner Militärvergehen (Art. 11 des B.-G.) wird nach Art. IV Auslieferung nicht bewilligt. Droht das Strafgericht des ersuchenden Staates eine körperliche Strafe, so soll diese gegebenen Falls in eine Freiheits- oder Geldstrafe umgewandelt werden (Art. V gemäss Art. 5 des B.-G.); doch soll nach Nr. 3 des Schlussprotokolls hierunter die Todesstrafe nicht gerechnet werden.

Unzulässig ist die Stellung des Ausgelieferten vor ein Ausnahmegericht (Art. VI gemäss Art. 9 des B.-G.). Die Auslieferung wird nach Art. XIV (Art. 12 des B.-G.) nicht bewilligt, wenn die strafbare Handlung auf dem Gebiete des ersuchten Staates begangen oder zwar ausserhalb doch im ersuchten Staate endgiltig beurteilt worden ist oder daselbst strafrechtlich verfolgt wird, ebensowenig, wenn nach der einen oder der andern Gesetzgebung die Verjährung der Strafverfolgung oder der verhängten Strafe vor der Verhaftung oder Vorladung des reklamierten Individuums eingetreten ist (Art. 13 des B.-G.). Die Spezialität der Auslieferung wird ebenso wie das nur unter Umständen wegfallende Verbot der Auslieferung an einen dritten Staat (Art. 7 und 8 des B.-G.) in Art. XIII geregelt, ebenso das Verfahren bei Zusammentreffen mehrerer Auslieferungsbegehren (Art. 14 des B.-G.) in Art. XV des Vertrags.

Vorläufige Ablehnung der Auslieferung oder nur vorübergehende Uebergabe eines Auszuliefernden (Art. 13 des B.-G.) regelt Art. XII.

Die Formalitäten des Auslieferungsverfahrens sind, entsprechend den Art. 15 ff. des B.-G., Gegenstand der Art. VII—XI des Vertrags.

Die Durchführung einer Person, deren Auslieferung von einer dritten Regierung einer Vertragspartei zugestanden worden ist, durch

[1]) Die neueste, scharfsinnig durchgeführte Erörterung dieser Frage bietet Francisque Grivaz in seiner Schrift: Nature et effets du principe de l'asile politique. Paris, Arthur Rousseau, 1894. Er sagt p. 215: „Le délit politique est l'infraction qui ne lèse que l'État considéré dans son organisation politique, dans ses droits propres; le délit commun celle qui lèse exclusivement des droits autres que les droits propres de l'État.“ Vgl. auch Albéric Rolin in der Besprechung dieses Werkes (Revue de droit international XXVIII 568 ss.).

das Gebiet eines der vertragschliessenden Teile wird nach Art. XVI gestattet, wenn die betreffende Person nicht ein Staatsangehöriger desselben ist und vorausgesetzt, dass die strafbare Handlung in den Artikeln I und II des Uebereinkommens inbegriffen ist und nicht unter die Bestimmungen der Artikel III, IV und XIV fällt, was dem Art. 32 des B.-G. entspricht. Aehnlich bei Konfrontation nach Art. XVII.

Zeugenvernehmungen, Vorlage von Beweisstücken oder gerichtlichen Akten, Zustellungen strafprozessualer Akte an Personen, welche sich auf dem Gebiete des andern Teiles befinden, werden in den Art. XVIII—XXI behandelt, die Kostenersatzfrage in Art. XXII.

Die vertragschliessenden Parteien verpflichten sich, alle Strafurteile wegen Verbrechen oder Vergehen jeder Art, welche von den Gerichten des einen der betreffenden Staaten gegen Staatsangehörige des andern ausgesprochen werden, einander mitzuteilen, und zwar im diplomatischen Wege durch Uebersendung eines Auszuges aus dem rechtskräftig gewordenen Urteile (Art. XXIII).

Die nach dem Vertrage den Behörden des anderen Staates vorgelegten oder mitgeteilten Urkunden müssen immer von einer amtlichen Uebersetzung in deutscher, französischer oder italienischer Sprache begleitet sein, wenn sie nicht in einer dieser Sprachen abgefasst sind (Art. XXIV). A. T.

III. Rechtsorganisation.

23. *Bundesratsbeschluss betreffend Abänderung des Distanzenzeigers vom 8. November 1889.* Vom 31. Juli. (XV S. 499 f.)

Betrifft die durch die rhätischen Bahnen nunmehr bedienten Strecken.

24. *Verordnung* (des Bundesrats) *über die Amtskautionen der Beamten, Angestellten und Bediensteten des Bundes.* Vom 21. Januar. (XV S. 401 ff.)

Zweiter Teil.

Kantonalgesetzgebung.

I. Allgemeines.

(Gesetzgebung überhaupt, Publikation der Gesetze u. s. w.).

25. *Dekret* (des Grossen Rats des Kantons Bern) *über das Verfahren bei Volksbegehren und Abstimmungen auf Grund der Art 9, 94 Ziffer 2, 102 letzter Satz und 104 der Staatsverfassung.* Vom 4. Februar. (Ges., Dekr. und Verordn., N. F. XXXV S. 7 ff.)

Begehren um Revision der Verfassung im Ganzen oder in einzelnen Teilen müssen von mindestens 15,000 in kantonalen Angelegenheiten stimmberechtigten Bürgern unterzeichnet sein, und solche um Erlass, Aufhebung oder Abänderung eines Gesetzes oder Dekretes von mindestens 12,000. Die Unterschriftenbogen sollen den Namen des Amtsbezirks und der politischen Gemeinde angeben, in der sie einzig benutzt werden können, und sind vor Beginn der Unterschriftensammlung auf der Staatskanzlei mit Datum abzustempeln. Innerhalb sechs Monaten von diesem Datum an müssen die Unterschriften von dem Gemeinderatspräsidenten bescheinigt werden. Später beigesetzte Unterschriften, sowie überhaupt nicht bescheinigte oder auf ungültigen Bogen befindliche werden nicht berücksichtigt. Ein Begehren um Totalrevision der Verfassung ist dem Volke binnen drei Monaten vom Eingang des Begehrens an zur Abstimmung vorzulegen. Andere Begehren werden vom Grossen Rate vorberaten und dann zur Abstimmung gebracht.

26. *Loi* (du Grand Conseil du canton de Genève) *modifiant l'article 9 de la loi organique sur l'exercice du droit d'initiative, du 23 janvier 1892.* Du 22 février. (Rec. des Lois, LXXXII p. 281 s.)

Betrifft die Gültigkeit oder Ungültigkeit (wegen Nichtbeschriebenseins oder Beschriebenseins mit Ja oder Nein zugleich oder mit etwas anderem als Ja oder Nein) der Stimmzedel.

27. *Gesetz* (des Kantonsrates des Kantons Zug) *betreffend das Verfahren bei Wahlen und Abstimmungen.* Vom 21. September. In der Volksabstimmung vom 15. November angenommen. (S. d. G., VII Nr. 72.)

Mit 300 Stimmen Mehrheit ist dieses Gesetz, das eine Verbesserung des durch die Kantonsverfassung von 1894 § 78 geforderten und durch Verordnung vom 1. September und 10. Oktober 1894 vorläufig normierten proportionalen Wahlverfahrens sein soll, angenommen worden. Es hat aber auch nicht sehr befriedigt und die Freunde dieses Verfahrens besorgen selbst, dass die Proportionalität dadurch in Verruf gebracht werde. Die regierungsrätliche Verordnung von 1894 ist wohl als ein „majorisiertes" Proportionalverfahren, als Zwitterding zwischen Majorität und Proportionalität bezeichnet worden, hauptsächlich wegen der Zuteilung des Restes der nicht gewählten Mitglieder an die grösseren Parteien. Dies ist aber in das Gesetz wieder aufgenommen worden: § 33. „Wenn die Summe der auf die einzelnen Parteien entfallenen Vertreter die Gesamtzahl der zu treffenden Wahlen nicht erreicht, so wird der Rest in der Weise zugeteilt, dass eines der noch zu vergebenden Mandate (nicht wie verlangt wurde, dem grössten Rest, sondern) der stärkeren Partei, sofern sie über das absolute Mehr der Stimmen verfügt, zum Voraus zufällt und die andern den grössten Bruch-

teilen zugeschieden werden. Wenn keine Partei das absolute Mehr erreicht hat, fällt der Rest den grössten Bruchteilen zu." Diese künstliche Restzuteilung, ist gesagt worden, hätte durch Berechnung der Wahlzahl aus der Gesamtzahl der zu treffenden Wahlen + 1 vermieden werden können.

Ueber das Gesetz lassen wir einem Berichterstatter der Allgemeinen Schweizer Zeitung vom 26. November 1896 das Wort:

Zehn Stimmberechtigte können eine eigene Parteiliste eingeben. Sämtliche bis zu einem bestimmten Termin eingegebenen Parteilisten werden nach alphabetischer Reihenfolge ihres Titels auf einen sogenannten Wahlzettel gedruckt. In den grössern Gemeinden dürften solche Wahlzettel die Namen von 20—50 und mehr Kandidaten leichtlich aufnehmen müssen. Diese Wahlzettel werden dem Stimmenden mit der Legitimationskarte offiziell übergeben. Sobald er im Besitze des Zettels ist, hat er sich in eine sogenannte Wahlzelle zu begeben, deren es für die grössern Gemeinwesen schon 15—20 bedürfen wird. Diese Wahlzelle nennt man, weil sie den Arbeitern zu lieb eingeführt wurde, mit Anspielung auf ein bekanntes Bonmot die Zelle des armen Mannes. Sitze ich in diesem beichtstuhlartigen Gehäuse, so kündet eine automatische Vorrichtung dem aussen Harrenden an, dass besetzt sei. Ich kann im Vollgefühl meiner Würde als Zuger Staatsbürger ungestört meine Souveränetätsrechte ausüben.

Dies hat in folgender Weise zu geschehen: Soll meine Stimmabgabe einen faktischen Wert haben, so muss ich in erster Linie mein politisches Glaubensbekenntnis ablegen, d. h. ich habe den Titel der Liste zu unterstreichen, deren Partei ich angehören will. Die Hälfte der Kandidaten dieser Liste muss ich unbedingt stehen lassen, sonst ist die Stimme ungiltig. Dagegen über die zweite Hälfte, über die übrige Zahl der noch zu wählenden Kandidaten kann ich frei verfügen, d. h. ich kann auch mir zusagende Kandidaten anderer Parteien unterstreichen. Auch wenn sich der Wähler keiner bestimmten Partei anschliessen und daher keinen Parteititel unterstreichen will, so kann er einzelnen Kandidaten stimmen, indem er deren Namen unterstreicht. Diese Stimmen zählen nur für den betreffenden Kandidaten, helfen ihm aber nicht direkt zur Wahl, wenn nicht die Partei, auf deren Liste er steht, die für seine Wahl nötigen Vertreter durch die Wahlzahl zugeteilt bekommt. So aufdringlich auch diese Bestimmung für die Freiheit des Wählers ins Treffen geführt wurde, so wenig faktischen Wert hat sie. Die so abgegebenen Stimmen geben dem Kandidaten einen Massstab für seine Beliebtheit, für die Parteien haben sie keine Bedeutung.

Dies ist leicht begreiflich, wenn man die Art der Ausmittlung des Wahlergebnisses in Betracht zieht. § 32 lautet: „Nach Aus-

mittlung der Gesamtzahl der giltig abgegebenen Wahlzettel wird dieselbe durch die Zahl der zu treffenden Wahlen dividiert; das Resultat der Division ist die Wahlzahl. Hernach wird die Zahl der für jede Partei abgegebenen Wahllisten durch die Wahlzahl dividiert. Das Resultat zeigt an, wie viele Vertreter jeder einzelnen Partei zukommen." Die Zahl der unterstrichenen Parteilisten bildet die Hauptsache. So ist es denn im Lande Zug in Zukunft wenigstens theoretisch denkbar, dass ein Kandidat die Stimmen sämtlicher Wähler auf sich vereinigen kann, ohne gewählt zu sein.

Nehmen wir z. B. an, es seien vier Parteilisten eingegeben, eine konservative, eine demokratische, eine freisinnige und eine unabhängige. Es sind sieben Regierungsräte zu wählen und 3500 giltige Stimmen wurden abgegeben; 3500 : 7 = 500 ist also die Wahlzahl. Nehmen wir weiter an: 2000 Wähler haben die konservative Liste unterstrichen, 1000 die freisinnige und 500 die demokratische, kein einziger Wähler aber die unabhängige. Dagegen steht auf der unabhängigen Liste ein sehr volkstümlicher Kandidat. Ein jeder Wähler giebt diesem Kandidaten eine der ihm von seiner Partei freigelassenen Stimmen. Er vereinigt also auf sich alle Stimmen; trotzdem ist er nicht gewählt, weil eben die andern Parteien der Partei, von der er sich portieren liess, nichts übrig lassen. Die Konservativen haben durch ihre vier, die Freisinnigen durch ihre zwei, die Demokraten durch ihren einen Gewählten, die ihnen infolge der unterstrichenen Listen gehören, sämtliche Mandate vorweggenommen. Ich gebe zu, dass die faktischen Verhältnisse sich kaum je so gestalten werden; aber undenkbar ist diese oder eine ähnliche Konstellation nicht. Man wird wohl nicht behaupten, dass durch ein Gesetz, das solche Möglichkeiten zulässt, der Wille des Volkes ungekünstelt zum Ausdruck kommt.

Noch gemütlicher wird die Sache, wenn wir die Restzuteilung mit in Betracht ziehen. Nehmen wir an, es liegen drei Listen vor, die konservative, die liberale und die sozialdemokratische. Es sind sieben Regierungsräte zu wählen und 3500 giltige Stimmen abgegeben. Die beiden alten Parteien haben alles aufgeboten und durch gut organisierte und gut geleitete Taktik den Sozialdemokraten arg zugesetzt. Letztere aber haben mit grossem Geschick zwei sehr tüchtige und zügige Kandidaten A. und B. für sich zu gewinnen gewusst. Es haben 2015 Bürger die konservative Liste, 1010 die freisinnige und 475 die sozialdemokratische Liste unterstrichen. Sämtliche 3025 Wähler von der konservativen und liberalen Partei wollen nicht sozialdemokratisch stimmen, sondern sind treue Anhänger ihrer Partei, dagegen möchten sie den Sozialdemokraten doch auch eine Vertretung gönnen, namentlich ist ihnen die Tüchtigkeit des A. und des B. über allen Zweifel erhaben. Jeder Wähler giebt

also noch je eine seiner freien Stimmen dem A. und dem B. Diese erhalten somit jeder 3500 Stimmen, mehr als irgend ein anderer Kandidat. Dennoch sind sie nicht gewählt. Die sozialdemokratische Partei bekommt keinen Vertreter, denn die Konservativen haben 2015 Stimmen: 500 (Wahlzahl) = 4 Vertreter, 15 Rest, die Liberalen 1010: 500 = 2 Vertreter, 10 Rest, die Sozialisten 475 : 500 = 0 Vertreter, 475 Rest. Nun gehört nach § 33 das 7. Mandat nicht der sozialdemokratischen Partei mit dem grossen Rest von 475 Stimmen, sondern der konservativen, weil sie das absolute Mehr überschritt. Schliesslich haben also die Konservativen 5 Vertreter, die Liberalen 2, die Sozialdemokraten keinen, obschon es der ausgesprochene Wille der Wähler war, ihnen zwei Vertreter zu geben.

28. *Verordnung* (des Reg.-Rats des Kantons Solothurn) *betreffend Anwendung des Gesetzes über das proportionale Wahlverfahren auf die Gemeinderatswahlen.* Vom 10. Juli. (S. d. G., LXII.)

Nach dem proportionalen Wahlverfahren zu wählen sind die Gemeinderäte der Einwohner-, Bürger- und Kirchgemeinden, die aus sieben oder mehr Mitgliedern bestehen. Für die Gemeinden mit geringerer Ratsmitgliederzahl ist dieses Wahlverfahren fakultativ. Für die Wahlen der Gemeinderäte nach diesem Verfahren sind die mit einer bestimmten Bezeichnung versehenen Listen dem Oberamt einzureichen, in so viel Exemplaren als zur Auflegung in jeder Gemeinde nötig ist. Die Gemeinden bestimmen die Art der Veröffentlichung der Listen und der Kenntnisgabe an die Stimmberechtigten.

29. *Verordnung* (des Reg.-Rats des Kantons Solothurn) *betreffend die Ersatzmänner der Gemeinderäte.* Vom 28. August. (Amtsbl. Nr. 35.)

Giebt Vorschriften darüber, welche Ersatzmänner in den nach Proportionalwahlverfahren zu wählenden Gemeinden als gewählt zu betrachten sind.

30. *Reglement* (des Landrats des Kantons Basellandschaft) *betreffend Wahlen und Abstimmungen.* Vom 23. November. (Amtsbl. II Nr. 23.)

Die Verfassung § 50 Abs. 2 hat dem Landrat die Ermächtigung erteilt, die Vorschriften des Wahlgesetzes über das Wahlverfahren durch ein Reglement zu ersetzen. Bemerkenswerte Neuerungen sind, soweit wir sehen, nicht getroffen worden.

31. *Sammlung der Gesetze und Verordnungen des Kantons Zürich, welche bis 1883 erlassen wurden und noch zu Kraft bestehen, nebst den wichtigsten Reglementen und Verfügungen.* Zürich, J. Rüegg, 1896.

Dieser Band ersetzt die Bände 1—20 der offiziellen Gesetzessammlung.

32. *Cahier des charges pour la ferme de la Feuille d'avis.* Approuvé par le Conseil d'Etat du canton de Genève le 27 octobre. (Rec. des Lois, LXXXII p. 765 ss.)

Dieser Verpachtungsvertrag über den Druck des Genfer Amtsblattes enthält auch die Bedingungen für Aufnahme von nichtamtlichen Inseraten.

II. Civilrecht.

1. Personen- und Familienrecht.

33. *Beschluss* (des Reg.-Rats des Kantons Schaffhausen) *betr. Fortführung und Aufbewahrung der Civilstandsregister durch die Geistlichen.* Vom 8. Januar. (Amtsbl. Nr. 3.)

Die Führung eines dem gewöhnlichen Register der kirchlichen Taufen, Trauungen und Beerdigungen anzuhängenden Nachtragsregisters über die die Kirche nicht berührende Civilstandsbewegung wird als zwecklos aufgehoben.

34. *Gesetz* (des Grossen Rats des Kantons St. Gallen) *betreffend die Versorgung und Erziehung armer Kinder und Waisen.* Vom 18. November. In Kraft getreten am 28. Dezember. (G. S., N. F. VII S. 297 ff.)

Wo möglich Versorgung bei Privaten, die ausreichende Gewähr für ein geordnetes Familienleben und gehörige Pflege und Erziehung bieten, sonst in Waisenanstalten, nicht aber in den für Erwachsene bestimmten Armenanstalten. Eine von der Gemeindearmenbehörde ernannte Kommission von fünf Mitgliedern sorgt für die Unterbringung und überwacht die Pflege und Erziehung, der Regierungsrat übt die Oberaufsicht. Der Staat leistet einen angemessenen Beitrag an die Kosten nach Massgabe des Bedürfnisses.

35. *Loi* (du Grand Conseil du canton de Genève) *modifiant les articles 5 et 12 de la loi du 30 mars 1892 sur l'Enfance abandonnée.* Du 15 février. (Rec. des Lois, LXXXII p. 236 ss.)

Beigefügt wird: Die Suspension der väterlichen Gewalt kann auf höchstens drei Jahre verfügt, dann aber durch neuen Beschluss wiederholt werden. Die Commission de surveillance stellt in dieser Hinsicht ihren Antrag an den Gerichtspräsidenten. Dieser hört die Eltern darüber ab, gegen seinen Entscheid ist innerhalb acht Tagen beiderseits Rekurs an die Cour de justice statthaft. Bei Entziehung der väterlichen Gewalt übt die Commission centrale (nötigenfalls durch eines ihrer Mitglieder) die Vormundschaft über die Kinder aus.

---

2. Sachenrecht.

36. *Beschluss* (des Reg.-Rats des Kantons Uri) *betreffend die Konzessionen für die Ausbeutung von Sand und Kies aus den staatlichen Gewässern.* Vom 8. Februar. (G. S., V S. 214.)

Enthält einige Normativbestimmungen für solche Konzessionen, wie Beschränkung auf eine bestimmte Zeitdauer, Vorausbestimmung des Quantums, Anzeige der Ausfuhr an die Controlstelle, Strafandrohung auf Verheimlichung enthobener Quantitäten, Wahrung aller Vorbehalte für Uferschutz.

37. *Règlement* (du Conseil administratif de la Ville de Genève) *concernant les autorisations de travaux et de saillies et les locations sur la voie publique dans la ville de Genève.* Approuvé par le Conseil d'Etat le 11 mars. (Rec. des Lois, LXXXII p. 309 ss.)

Ausführliche Vorschriften über Bewilligung zu Bauten auf öffentlichen Strassen oder Benutzung derselben zu Privatzwecken, über Baubewilligungen überhaupt, Trottoirbenutzung, u. s. f., baupolizeilich.

38. *Grossratsbeschluss* (des Kantons Baselstadt) *betreffend den Bauplatz für die zweite Kirche der St. Leonhardsgemeinde und betreffend Vorschriften über Bebauung des Areals zwischen Steinenringweg, Neubadstrasse, Birsigstrasse und Oberwilerstrasse.* Vom 9. Juli. (G. S., XXIII. Kantonsbl. II Nr. 4.)

Hier nur erwähnt wegen der Vorschrift, dass auf dem genannten Areal nicht mehr als drei Häuser an einander gebaut werden, aus nicht mehr als Erdgeschoss und zwei Stockwerken bestehen dürfen, ein gefälliges Aeussere erhalten müssen, und Errichtung von Gewerben, die für die Nachbarn lästig sind, und von Stallungen zu gewerblichen Zwecken unzulässig sind. Diese, allerdings durch § 11 des Gesetzes über Hochbauten vom 27. Juni 1895 vorgesehene Vorschrift bedeutet für die Liegenschaftseigentümer immerhin eine starke Beschränkung ihres Eigentumsrechts; sie wurde damit begründet, dass das Areal eines der besser gelegenen Bauterrains sei, das sich trefflich zu einem Villenquartier eigne, und dass auch mit Rücksicht auf die Kirche eine gefällige Umgebung erwünscht sei. Aber darf deswegen der Staat dem Liegenschaftseigentümer aufnötigen, sein Eigentum nur als Villa zu verwenden?

39. *Gesetz* (des Grossen Rats des Kantons Baselstadt) *betreffend Vollendung der Kanalisation der Stadt Basel.* Vom 9. Juli. (G. S., XXIII. Kantonsbl. II Nr. 5.)

Vor 20 Jahren war gegen ein Gesetz, das die allgemeine Kanalisation der Stadt mit obligatorischem Anschluss aller Häuser

an die öffentlichen Dohlen einführen wollte, das Referendum ergriffen und in der Volksabstimmung das Gesetz selbst verworfen worden. Seither wurden einzelne Strassen, namentlich neu erstellte, auf Grund jeweiligen Grossratsbeschlusses kanalisiert und die neu erbauten Häuser wurden meist gern an die Kanäle angeschlossen. Jetzt wird das 1875 verworfene Projekt im Prinzip wieder ins Leben gerufen. Hier zu erwähnen sind vorzugsweise § 8, der eben die Anschlusspflicht der anstossenden Liegenschaftseigentümer ausspricht, mit einigen Ausnahmen, die vielleicht nicht alle berechtigt sind; der Anschluss muss binnen fünf Jahren seit Erstellung der Dohle erfolgen. Ferner § 11: Die Kosten der Anschlussleitungen, sowie der Wiederherstellung von Strasse und Trottoir und die Kosten der Arbeiten im Innern der Häuser tragen deren Eigentümer. § 14. An die Kosten der öffentlichen Dohle zahlen die Anwänder Fr. 10 pro Meter Frontlänge ihrer Liegenschaften, sofern das anzuschliessende Gebäude schon vorher mit Einrichtungen zur Aufnahme des Unrats und Abwassers versehen war, dagegen Fr. 30, wenn das Gebäude gleich bei seiner Erstellung an die Dohle angeschlossen werden kann.

40. *Verordnung* (des Reg.-Rats des Kantons Zürich) *betreffend die Erteilung von Staatsbeiträgen an Bau und Unterhalt von Strassen.* Vom 16. April. (Off. G. S., XXIV S. 160 ff.)

Gemeinden, die sich um einen Staatsbeitrag an den Bau oder den Unterhalt von Strassen bewerben, haben dem Regierungsrat eine spezifizierte Kostenrechnung einzureichen, wofür hier ein Schema aufgestellt wird. Für die Berechnung der Staatsbeiträge werden nähere Vorschriften aufgestellt, auf Grund des neuen Strassengesetzes, speziell auch für Strassenbauten in Zürich und Winterthur.

41. *Nachtrag* (des Reg.-Rats des Kantons St. Gallen) *zur Polizeiverordnung vom 20. September 1889 zum Gesetz über das Strassenwesen.* Vom 10. März. (S. d. G., N. F. VII S. 260.)

Betrifft die Entfernung von Bretterwänden, Mauern und dergl. von der Strassenmarke.

42. *Arrêté* (du Conseil d'Etat du canton de Vaud) *ordonnant la surveillance des chaudières et appareils à vapeur.* Du 3 mars. (Rec. des Lois, XCIII p. 43 ss.)

---

43. *Anordnungen* (des Reg.-Rats des Kantons Unterwalden nid dem Wald) *zur Sicherung und Erhaltung der Alpwaldungen.* Vom 1. April. (Amtsbl. Nr. 15.)

1. Verbot des Schlagens, Ausreutens oder Schwentens von Waldbeständen oder Baumgruppen auch in geringfügigstem Mass auf allen Alpen und Weiden ohne spezielle Bewilligung des Regierungs-

rats. 2. Wer auf seinem Alpland ausreuten will, muss ein Gesuch beim Oberforstamt stellen, auf dessen Bericht und Antrag der Regierungsrat endgiltig entscheidet. Alles bei Strafe von § 54 lit. b der kantonalen Vollziehungsverordnung zum eidg. F. P. G.

44. *Arrêté* (du Conseil d'Etat du canton de Genève) ***classant les cours d'eau existant dans le canton.*** Du 28 janvier. (Rec. des Lois, LXXXII p. 60 ss.)

Zur Ausführung des Gesetzes vom 15. Januar 1895 über die Strassen, Gewässer u. s. w.

45. *Decreto* (del Cons. di Stato del c. del Ticino) ***circa la insinuazione delle domande di concessioni per utilizzazione di acque pubbliche.*** Del 9 gennajo. (Boll. off. delle Leggi, XXII p. 1 s.)

46. *Loi* (du Grand Conseil du canton du Valais) ***sur la correction des rivières et de leurs affluents.*** Du 25 novembre. (Bull. off. des Lois 1897, No. 3.)

Ergänzung zu dem Gesetz vom 23. Mai 1833. Der Grosse Rat beschliesst jede Flusskorrektion und die Regierung überwacht deren Ausführung durch das Baudepartement. Die Kosten tragen die Gemeinden, auf deren Gebiet die Arbeit stattfindet, unter Beitragspflicht der an der Korrektion interessierten Gemeinden, Korporationen, juristischen und physischen Personen (Gesellschaften, Industrien) des festgesetzten Perimeters des Flusses. Dieser Perimeter umfasst alle Bäche, die sich in das betreffende Flussgebiet ergiessen, und die der Ueberschwemmung ausgesetzten Ländereien. Der Grosse Rat stellt fest, wer beitragspflichtig ist, die Regierung setzt diesen Beitrag fest, unter Rekursrecht an den Grossen Rat. An die Kosten zahlt der Staat 20 Prozent. Der gewöhnliche Unterhalt ist zu Lasten der Gemeinde, ausserordentlicher zu Lasten der im Perimeter liegenden Güter. Gemeinden, die sich der Ausführung der beschlossenen Korrektion nicht unterziehen, werden mit Fr. 20—500 gebüsst, und nach vergeblichem Termine führt der Staat die Arbeit auf ihre Kosten aus.

Das Gesetz ist durch die Notwendigkeit, im Gebiete der den Stand der Rhone nachteilig beeinflussenden Wildwasser die Korrektionsarbeiten und Aufforstungen zu beschleunigen und den Ueberschwemmungen vorzubeugen, hervorgerufen worden. Dem Staat erwächst dadurch eine Belastung von jährlich Fr. 15,000 während der 20 Jahre, in denen die in Aussicht genommenen Arbeiten auszuführen sind. Das Gesetz von 1833 hatte alle Kosten den Gemeinden aufgebürdet und dadurch manche nötige Eindämmungsarbeiten verhindert.

47. *Verordnung* (des Grossen Rats des Kantons Aargau) ***betreffend die Erhöhung der Wasserrechtszinse.*** Vom 26. November. (G. S., N. F. IV S. 357 f.)

Fr. 6 pro brutto Pferdekraft des konzessionierten Wasserwerkes, mit Fr. 2 Zuschlagstaxe für jede ausserhalb des Kantons verwendete Pferdekraft. Der Regierungsrat kann diesen Zins um höchstens Fr. 2 herabsetzen für Wasserwerke an kleinen Gewässern, die infolge Wässerungsberechtigungen oder Trockenheit zeitweise leiden.

---

48. *Abänderung* (der Landsgemeinde des Kantons Glarus) *von § 29 des bürgerlichen Gesetzbuches betreffend Holzdurchfahrten.* Vom 10. Mai. (Landsbuch IV S. 153.)

Es handelt sich um den Notweg für Holzdurchfahrten. Der bezügliche § 29 wird folgendermassen erweitert: „Der Eigentümer einer Waldung, welche keine oder nur unzweckmässige und für das Holz schädliche Transportrechte besitzt, ist befugt, von den Eigentümern der benachbarten Grundstücke die Einräumung von Holztransportrechten, sei es mittelst Reisten, Schlittnen, sei es mittelst besonderer Vorrichtungen, wie Drahtseile, Holzleitungen u. s. w., gegen volle Entschädigung zu verlangen. Die Einräumung solcher Rechte kann sowohl für vorübergehenden Holztransport im einzelnen Falle als auch bleibend für alle Zukunft nachgesucht und bewilligt werden. Immerhin darf das Holzreisten nur in der landrechtmässigen Zeit, d. h. in den Alpen vom 11. Oktober, in den oberen Weiden, so an die Waldungen anstossen, vom 28. Oktober und in den übrigen Weiden und Bodengütern vom 23. November weg bis Mitte März, sofern der Boden gefroren oder mit Schnee bedeckt ist, und mit möglichst geringer Beschädigung der in Anspruch genommenen Grundstücke geschehen. Ueber die Pflicht zur Einräumung der bezeichneten Rechte entscheidet der Regierungsrat in allen Fällen endgiltig. Die Ausmittlung der Entschädigung geschieht beim Mangel einer gütlichen Verständigung durch landrechtmässige Schatzung (§ 28 lit. d). Wo es sich um Einräumung bleibender Rechte handelt, kann der Waldeigentümer auf bisher ihm zugestandene Transportrechte verzichten, und es ist dies eventuell bei Festsetzung der Entschädigung, wenn für den behufs des Holztransportes in Anspruch genommenen Liegenschaftsbesitzer eine wesentliche Entlastung eintritt, in billige Berücksichtigung zu ziehen. Die Kosten des Verfahrens regeln sich nach Analogie der in § 28 lit. d aufgestellten Bestimmungen." Das gesperrt Gedruckte ist neu.

49. *Gesetz* (des Landrats des Kantons Basellandschaft) *betreffend Felderregulierungen und Anlegung von Feldwegen.* Vom 2. September 1895. Angenommen in der Volksabstimmung vom 17. Mai 1896. (Amtsbl. II Nr. 10.)

Die Verfassung von 1892 schreibt in § 39 den Erlass dieses Gesetzes behufs Förderung der Landwirtschaft vor. Darnach können die Neueinteilung von Feldern, mit Erstellung eines zweckmässigen Wegnetzes und mit oder ohne Zusammenlegung von Parzellen (Felderregulierungen), und Anlagen zur Entwässerung von Grundstücken gegen den Willen einzelner Eigentümer durch mehr als die Hälfte der Eigentümer der in Frage kommenden Grundstücke, die mehr als die Hälfte der Fläche des betreffenden „Feldes“ besitzen, beschlossen werden. Unter Feld ist verstanden eine Anzahl zusammenhängender Grundstücke, die landwirtschaftlich bebaut werden, nicht also Haus- und Hofplätze und das zugehörige Gartenland und dergl. Solche können ausnahmsweise auf dem Expropriationswege beigezogen werden, wenn das Unternehmen sonst nicht ausführbar ist. — Das Gesetz schreibt das Nähere über das Verfahren vor (Ausarbeitung der Neueinteilung auf Grund genauer Vermessung, Entschädigung an Eigentümer, die von der Verteilung Nachteil haben, Einspruch gegen das Projekt bei der Vollzugskommission mit Recht des Rekurses an den Regierungsrat). Nach Genehmigung der Regulierung erklärt der Regierungsrat die Zuteilung der Grundstücke neuer Einteilung an die beteiligten Eigentümer als vollzogen, worauf sie in das Fertigungsprotokoll eingetragen wird. An die Stelle verpfändeter alter Grundstücke treten ohne weiteres, und ohne dass Zustimmung der Hypothekargläubiger und der Bürgen nötig ist, die neuen bezüglich der Pfandhaft ein, was von Amtswegen in den Hypothekarprotokollen auf den Pfandtiteln vorzumerken ist. Allfällige Entschädigungen, die ein Eigentümer für Nachteile erhält, fallen dem Hypothekargläubiger zu. Grundstücke eines neu regulierten Feldes dürfen künftig nicht in Parzellen unter 20 Aren geteilt werden, ausser Reb- und Pflanzland.

Wenn die Hälfte der in Betracht kommenden Grundeigentümer die Anlegung eines Feldweges verlangt, so muss das dazu erforderliche Land von den Eigentümern abgetreten werden; ebenso, wenn die Anlage des Feldweges von Eigentümern verlangt wird, deren Grundstücke wenigstens die Hälfte des Flächeninhaltes des durch den Weg zugänglich werdenden Landes ausmachen. Für das abzutretende Land muss Entschädigung geleistet werden unter Berücksichtigung der für den Abtretenden erfolgenden Vor- und Nachteile. Diese Kosten werden auf die beteiligten Grundeigentümer nach Massgabe ihres Vorteils verteilt. Die Veränderungen in den Eigentumsverhältnissen werden im Fertigungsprotokoll vorgemerkt. Diese Feldwege sollen wenigstens 3 m breit angelegt und ausgesteint werden und sind Eigentum der Einwohnergemeinde, der auch der Unterhalt obliegt.

50. *Regierungs-Verordnung* (des Reg.-Rats des Kantons Aargau) *über die Ausführung der Katastervermessungen im Kanton Aargau.* Vom 27. März. (G. S., N. F. IV S. 287 ff.)

Ausschliesslich technische Vorschriften. Dagegen enthält die

51. *Regierungs-Verordnung* (desselben) *über die Nachführung der Katastervermessungen im Kanton Aargau.* Vom 29. Mai. (Das. S. 302 ff.)

auch Weisungen darüber, in welchen Fällen (Grenzausgleichung, Teilung von Grundstücken, Veränderung durch verbesserte Feldeinteilung und dergl., nicht aber bei blossen Handänderungen) Nachtragungen und Aenderungen in den Katasterplänen anzubringen sind, und in welcher Weise diese zu geschehen haben.

52. *Arrêté* (du Conseil d'Etat du canton de Vaud) *sur la désignation des actes translatifs de propriété.* Du 7 août. (Rec. des Lois, XCIII p. 149 ss.)

Diese Verordnung bezweckt hauptsächlich Wahrung der fiskalischen Rechte auf die Handänderungssteuer durch genaue Mitteilung aller Eigentumsübergänge an den Grundbuchverwalter. Insbesondere sind alle Eigentumsübertragungen und Uebertragungen dinglicher Rechte, Erbgänge, Pachtverträge auf mehr als 15 Jahre, Eheabreden durch die Notare, die Betreibungs- und Konkursbeamten, die Gerichtsschreiber und die Friedensrichter und deren Gerichtsschreiber binnen der ersten zehn Tage jeden Monats anzumelden. Der Grundbuchverwalter übermittelt seinerseits den Akt an den Steuereinnehmer und an das Finanzdepartement. Im Einzelnen: Die Notare müssen bei Eigentumsübertragungen, die sie stipulieren, die Liegenschaft und den Preis genau spezifizieren, bei Teilungen den im ganzen zu Grunde gelegten und den jeder Quote zugeteilten Wert, die in einer Grundeigentumsübertragung inbegriffenen Mobiliargegenstände; die Betreibungs- und Konkursbeamten die gerichtlichen Versteigerungen infolge Pfändung oder Konkurses, aber erst nachdem sie durch vollständige Bezahlung des Preises definitiv erledigt sind; die Gerichtsschreiber die Liegenschaftsschenkungen und die auf Grundeigentumsübertragung erkennenden Gerichtsurteile, sowie Besitzeinweisungen; die Friedensrichter die Erbgänge, deren Inventarisierung sie besorgen; deren Gerichtsschreiber die übrigen Erbgänge.

53. *Gesetz* (der Landsgemeinde des Kantons Glarus) *betreffend die Abtretung von Wasser an Gemeinden und Brunnenkorporationen für öffentliche Brunnen, Wasserversorgungs- und Wasserwerksanlagen.* Vom 10. Mai. (Landsbuch IV S. 154 ff.)

Das Wichtigste in diesem Gesetze ist, dass den Gemeinden für Errichtung neuer oder Speisung schon bestehender öffentlicher Brunnen und Wasserversorgungs- und damit verbundene Wasserwerks-

anlagen, Wasser sowie das Recht der Zuleitung und Ableitung desselben zu erwerben auf dem Expropriationswege gestattet wird. Ebenso bei Vorhandensein von Gründen des öffentlichen Wohls den Brunnenkorporationen. Das Expropriationsrecht (das auch Wasserquellen ergreift) darf aber nur soweit angewendet werden, als das für Bewerbung der davon betroffenen Liegenschaft unentbehrliche Trinkwasser zum Gebrauch für Menschen und Vieh derselben nicht entzogen wird. Ueber die Zulässigkeit der Zwangsenteignung entscheidet der Regierungsrat gemäss dem im bürgerlichen G. B. vorgeschriebenen Verfahren.

Für die Entschädigung eines Quelleneigentümers ist massgebend der Verkehrswert des Wassers als solcher nebst einem entsprechenden Zuschlag für die Unfreiwilligkeit der Abtretung, sodann eine allfällige Wertverminderung, die die Liegenschaft infolge der Entäusserung erleidet.

Die Entschädigung von Liegenschafts- oder Wasserwerkseigentümern, denen das Wasser bisher für die Befriedigung der Bedürfnisse von Menschen und Vieh oder für gewerbliche Zwecke gedient hat, soll vollständigen Ersatz für die Kosten bieten, die nötig werden, um die Ausübung der durch die Entäusserung entzogenen Rechte anderweitig zu ermöglichen, nebst Zuschlag für die Unfreiwilligkeit, Ersatz für die Wertverminderung und die Nachteile, die dem Erwerbe des Abtretungspflichtigen erwachsen. Hierüber entscheidet im Streitfalle die kantonale Schatzungskommission erster, eventuell zweiter Instanz. Der Expropriant kann innerhalb eines von der Schatzungskommission zu bestimmenden Termines von seinem Begehren abstehen, unter Kostenvergütung an den Expropriaten nach Festsetzung der Landesschatzungskommission. Zu diesem Gesetze gehört die

54. *Vollziehungsverordnung* (des Reg.-Rats des Kantons Glarus) ***zum Gesetze betreffend die Abtretung von Wasser u. s. w.*** Vom 17. September. (Landsbuch IV S. 157.)

Beschreibt das Verfahren, das für die Expropriation einzuschlagen ist: Gesuch an den Regierungsrat, Publikation des Gesuchs durch diesen mit Terminansetzung für Einspruch, kontradiktorisches Verfahren über Einsprüche vor dem Regierungsrate, Entscheid des letztern über die Zulässigkeit der Zwangsentäusserung.

55. *Grossratsbeschluss* (des Kantons Baselstadt) ***betreffend Ergänzung des Gesetzes über Abtretung von Liegenschaften zum allgemeinen Nutzen vom 15. Juni 1837.*** Vom 11. Juni. (G. S., XXIII. Kantonsbl. I Nr. 48.)

Es handelt sich hier um ein eigentümliches und möglicherweise für den Staat kostspieliges Experiment. Wenn eine grosse öffentliche Unternehmung, die Expropriationen erfordern wird, in

Sicht ist, bemächtigt sich die Privatspekulation des Landes, das dafür voraussichtlich in Anspruch genommen werden muss, und man reicht Baubegehren für dieses Terrain ein, um jetzt schon, bevor das öffentliche Unternehmen gehörig studiert und spruchreif ist, den Staat zur Expropriation zu nötigen, wenn er nicht in die Lage kommen will, später die überbaute Liegenschaft erheblich teurer zu erwerben. Um das zu verhindern, ermächtigt das neue Gesetz den Regierungsrat, in den Fällen, in denen das Expropriationsgesetz für die Abtretung einer Liegenschaft zum allgemeinen Nutzen anwendbar ist, schon vor der Bewilligung des Expropriationsrechtes das Bauen oder die Vornahme von Veränderungen auf einer Liegenschaft zu verbieten, wenn dadurch die vorgesehene Durchführung der betreffenden Unternehmung wesentlich erschwert würde. Dieses nur auf Grund eines provisorisch genehmigten Planes zu erlassende Bauverbot ist selbst provisorisch, aber im Grundbuch einzutragen, um auch gegen spätere Erwerber wirksam zu sein. Es wird auf die Dauer eines Jahres erlassen und kann dann über ein zweites Jahr erstreckt werden, durch Beschluss des Grossen Rats auch auf eine weitere Zeitdauer. Es wird aufgehoben, sobald die Gründe, die es hervorgerufen haben, weggefallen sind. Der durch ein solches Verbot betroffene Eigentümer ist berechtigt, Ersatz für den aus dem Verbot ihm erwachsenden Schaden zu verlangen, und zwar nach Analogie der Expropriationsvorschriften und in dem für Expropriationssachen vorgeschriebenen gerichtlichen Verfahren. — Die Grossratskommission, die den regierungsrätlichen Entwurf vorberaten hat, fügte noch einige weitere Vorschriften bei, die ebenfalls angenommen worden sind: 1. Dem § 7 des Expropriationsgesetzes, der bereits für die Festsetzung der Entschädigung den „dannzumaligen, wahren Wert nach Kauf und Lauf“ als massgebend bezeichnet, wird beigefügt, dass Wertsteigerungen, die sich im Liegenschafts- und Hypothekarverkehr vorgreifend im Hinblick auf die betreffende Expropriation geltend gemacht haben, nicht zu berücksichtigen seien (also nicht unsinnige Preise, die von Spekulanten im Hinblick auf bevorstehende Expropriation bezahlt werden). 2. Es kann auch eine Belastung von Liegenschaften mit Servituten unter den gleichen Voraussetzungen und nach dem gleichen Verfahren wie die vollständige Enteignung von Liegenschaften stattfinden. (Schon jetzt ist das möglich für Telephonleitungen und gewisse im Hochbautengesetz § 9 aufgeführte Einrichtungen.)

Zur Ausführung dieses Beschlusses ist erlassen worden

56. *Verordnung* (des Reg.-Rats des Kantons Baselstadt) *betreffend Eintragung und Streichung provisorischer Bauverbote im Grundbuch.* Vom 9. September. (G. S., XXIII. Kantonsbl. II Nr. 22.)

Taxe für ein Patent I. Klasse auf Fr. 40, für eines II. Klasse auf Fr. 30 festgestellt.

61. *Abänderung* (der Landsgemeinde des Kantons Glarus) ***von § 12 des kantonalen Vollziehungsgesetzes zum Bundesgesetz über Jagd und Vogelschutz (Landsb. II S. 167).*** Vom 10. Mai. (Landsb. IV S. 42 f.)

Schussgeld für einen Adler und Geier Fr. 10, für einen grossen Uhu und für alle Tiere des Falkengeschlechts mit Ausnahme der in § 17 des B.-Ges. geschützten Arten Fr. 3, für einen Marder, Iltis, Fischreiher und einen grossen Bergraben Fr. 2, für einen Fuchs, einen Dachs und eine Elster Fr. 1, für eine Rabenkrähe, einen Eichelhäher und einen grossen grauen Würger, nicht aber rotrückigen und rotköpfigen Würger, 50 Cts. Die erlegten Tiere sind durch Abschneiden eines Fusses oder von Klauen zu kennzeichnen. Der Polizeivorsteher zahlt die Prämien namens der Staatskasse, aber nicht für ausserhalb des Kantons erlegte Tiere. Betrügliche Erhebung von Prämien wird nach Vorschrift des Strafgesetzbuches geahndet. — Diese Bestimmungen bilden fortan den § 12 des kantonalen Vollziehungsgesetzes zum B.-Ges. über Jagd und Vogelschutz (S. 167 Teil II des Landsbuches).

62. *Beschluss* (der Landsgemeinde des Kantons Glarus) ***betreffend Verlängerung der Bannungszeit der Glärnischkette.*** Vom 10. Mai. (Landsbuch IV S. 43.)

Verlängerung vom 31. August 1896 an auf weitere fünf Jahre, also bis 31. August 1901. Bestätigung von Ziffer 2, 3 und 4 des Landsgemeindebeschlusses vom 7. Mai 1891 (Landsbuch II S. 176) mit Bezug auf die sogen. „freie Zone“ für die Dauer der neuen Bannperiode.

63. *Beschluss* (des Reg.-Rates des Kantons St. Gallen) ***betreffend teilweise Aenderung der kantonalen Vollzugsverordnung vom 11. Juni 1884 zum Bundesgesetz über Jagd und Vogelschutz.*** Vom 18. August. (G. S., N. F. VII S. 287 f.)

Neue Begrenzung des Jagdbanngebietes „Churfirsten.“

64. *Decreto* (del Cons. di Stato del cantone del Ticino) ***circa divieto di Caccia.*** Del 23 marzo. (Boll. off. delle Leggi, N. S. XXII p. 12.)

Auf Begehren der Unione dei Cacciatori Bellinzonesi la „Diana“ Verbot des Haltens und Aufstellens von Lockvögeln (pernici vive di richiamo, cantarine), bei Strafe von Fr. 40.

65. *Arrêté* (du Conseil d'Etat du canton de Vaud) ***concernant les chiens de chasse, dits chiens courants.*** Du 19 mai. (Rec. des Lois, XCIII p. 136 ss.)

In Rücksicht auf die zahlreichen Uebertretungen des Jagdgesetzes durch Verwendung von Laufhunden wird vorgeschrieben,

dass solche Hunde in der geschlossenen Jagdzeit entweder eingesperrt gehalten werden müssen oder nur mit einem Block belastet in Freiheit gelassen werden dürfen, sonst sind sie von den Polizeibediensteten einzufangen und im Notfall zu töten, und der Eigentümer verfällt einer Busse von Fr. 20.

66. *Arrêté* (du Conseil d'Etat du canton du Valais) ***relatif à la chasse aux palmipèdes sur le lac Léman.*** Du 14 décembre. (Bull. off. des Lois, Nr. 52.)

Jagd auf Schwimmvögel nur zu Schiff auf dem Genfersee wird jedes Jahr vom 15. Dezember bis zum 31. März bewilligt, gegen ein besonderes Patent zu Fr. 5.

---

67. *Beschluss* (des Grossen Rats des Kantons Bern) ***betreffend authentische Auslegung des § 1 des Gesetzes vom 26. Februar 1833 über die Ausübung der Fischerei.*** Vom 20. Mai. (Ges., Dekr. und Verordn., N. F. XXXV S. 47 f.)

Als „Aare" im Sinn des genannten Gesetzes ist für die Strecke von Aarberg weg infolge der Juragewässerkorrektion der neue Wasserlauf derselben nach dem Bielersee und von da nach Büren zu verstehen, nicht die alten Wasserläufe Aarberg-Meienried-Büren.

68. *Arrêté d'exécution* (du Conseil d'Etat du canton de Fribourg) ***de la loi du 20 mai 1890 sur la pêche et de la loi du 17 mai 1895 concernant la pisciculture, modifiant les chapitres I et II de l'arrêté d'exécution, du 14 septembre 1895, des mêmes lois.*** Du 22 août. (Bull. off. des Lois, LXV p. 117 ss.)

Einteilung der Fischereizonen, Befugnisse und Pflichten des Oberinspektors, der Bezirksinspektoren und der Bannwarte.

69. *Verordnung* (des Kantonsrats des Kantons Appenzell A. Rh.) ***betreffend die Fischerei für den Kanton Appenzell A. Rh.*** Vom 12. Mai. (A. S. der Ges., IV S. 193 ff.)

Der Staat verpachtet die Berechtigung zum Fisch- und Krebsfange, soweit ihm das Fischereirecht zusteht, d. h. in den Fischereigewässern des Kantons, die in § 2 aufgezählt sind, durch öffentliche Versteigerung der Kreise, in die die Gewässer eingeteilt sind, auf je sechs Jahre. Unfähig zur Erwerbung einer Pacht sind Nichthandlungsfähige, der bürgerlichen Ehren und Rechte Verlustige, Schuldner von Fischereifrevelbussen, wegen Uebertretung fischereipolizeilicher Vorschriften im Rückfall Bestrafte. Fangzeit für Forellen 15. April bis 10. September, für andere Fischsorten und Krebse die im Bundesgesetze aufgestellten Termine. Den Fischereiaufseher wählt der Regierungsrat, er bezieht Taggelder und Reiseentschädigung laut Tarif und führt die erforderlichen Kontrolen. Auf Uebertretung der Verordnung steht Busse von Fr. 5 bis Fr. 1000.

70. *Uebereinkunft zwischen den Regierungen der Kantone Appenzell A. Rh. und St. Gallen betreffend die Fischerei in den Grenzgewässern.* Vom 5./9. Juni. (Ebendas. S. 200 ff.)

Hier tritt gemeinschaftliche Verpachtung ein und wird der Pachtzins zu Hälften geteilt.

71. *Vorschriften* (des Reg.-Rats des Kantons Appenzell A. Rh.) *betreffend Verpachtung der Fischereigewässer.* Vom 9. Juni. (Ebendas. S. 203 f.)

Der Fischereiaufseher leitet die Versteigerungen, der Regierungsrat entscheidet endgültig über die Annahme der Pachtangebote.

72. *Kantonale Vollzugsverordnung* (des Reg.-Rats des Kantons St. Gallen) *zum Bundesgesetz betreffend die Fischerei.* Vom 29. April. Vom schweiz. Bundesrat genehmigt den 19. Mai. (G. S., N. F. VII S. 261 ff.)

Die Fischerei in den Gewässern des Kantons steht (Fischereirechte von Gemeinden, Korporationen oder Privaten vorbehalten) dem Staate zu, der sie verpachtet oder Patente erteilt. Der Regierungsrat kann nach seinem Ermessen die Patentgebiete und die Pachtkreise bestimmen und die einen in die andern umwandeln. Ueber die Patenterteilung und über die Verpachtung folgen dann noch nähere Vorschriften; schliesslich Strafbestimmungen.

73. *Decreto* (del Cons. di Stato del cantone del Ticino) *concernente divieto di pesca.* Del 29 febbrajo. (Boll. off. delle Leggi, N. S. XXII p. 9 s.)

Der Fischfang (ausser mit der Angel) im Tessinfluss von Ronco-Bedretto bis Chironico wird bis 1900 verboten.

---

3. Obligationenrecht.

74. *Beschluss* (des Grossen Rats des Kantons Bern) *betreffend authentische Auslegung des § 3, 1, a des Gesetzes vom 2. Mai 1880 über die Stempelabgabe und die Banknotensteuer.* Vom 20. Mai. (Ges., Dekr. und Verordn., N. F. XXXV S. 49.)

Unter den vom Wertstempel ausgenommenen und dem Formatstempel unterworfenen Schuldverschreibungen mit Hypothek sind nur die gemäss den bernischen Civilgesetzen errichteten Pfandgeschäfte verstanden (nicht also die nach Bundesgesetz stattfindende Verpfändung von Eisenbahnen).

75. *Gesetz* (des Grossen Rats des Kantons Luzern) *betreffend Abänderung der Bestimmungen über die Stempelpflicht.* Vom 2. Dezember. (S. d. G., VIII S. 5 ff.)

Werttitel, die der Stempelpflicht unterliegen, sind: interimistische oder definitive Aktientitel von Gesellschaften, die im Kanton

ihren Sitz haben; Schuldverschreibungen, ausgegeben von Firmen, die im Handelsregister eingetragen und im Kanton domiziliert sind; Coupons zu Aktien und Obligationen; im Kanton ausgestellte oder zahlbare Wechsel, wechselähnliche oder andere Ordrepapiere, auch wenn sie schon auswärts gestempelt worden.

Stempelgebühr: bei Aktien und Obligationen 2 ‰ des Nennwertes, bei Coupons 10 Cts. fest, bei Eigenwechseln 10 Cts. per 1000 Fr. Nennwert, Maximum 3 Fr., bei sonstigen Wechseln und ähnlichen Papieren bis 400 Fr. 10 Cts., von 401—600 20 und von 601—1000 30 Cts., für jedes weitere Tausend 20 Cts.

Busse auf Uebertretung: die zwanzigfache Gebühr. Beamte sollen keine stempelpflichtigen Aktenstücke ungestempelt annehmen, sondern den Stempel verlangen, und bei Weigerung die Sache dem Regierungsrat zum Entscheide vorlegen; sonst werden sie wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Amtspflichtverletzung strafbar.

76. *Gesetz* (des Kantonsrats des Kantons Zug) *über Bestreitung der Staatsauslagen.* Vom 28. Dezember. (S. d. G., VIII S. 1 ff.)

Ein umfassendes Steuergesetz. Als direkte Steuern figurieren die Vermögens-, die Einkommens- und Erwerbs-, die Erbschafts-, die Kopf- und die Aktivbürgersteuer. Wir enthalten uns näheren Eintretens, da wir die Steuergesetzgebung nicht in den Kreis dieser Uebersichten ziehen. Unter den indirekten Steuern finden sich die Banknoten- und die Stempelsteuer (neben den Patentgebühren und dergl.). § 71 zählt die stempelpflichtigen Akte auf, die Stempelgebühr ist 60 Cts. per Foliobogen. Auf Nichtstempelung oder Gebrauchmachen von einem nichtgestempelten stempelpflichtigen Aktenstück steht die Busse der zwanzigfachen Stempeltaxe. Die Anfertigung falscher Stempelmarken wird der Urkundenfälschung gleich gehalten, wissentlicher Gebrauch falscher Stempelmarken als Betrug bestraft. Umgehung des Spielkartenstempels wird mit dem 50fachen Betrag der Stempeltaxe als Busse belegt.

77. *Verordnung* (des Reg.-Rats des Kantons Thurgau) *betreffend die Verwendung von Stempelmarken.* Vom 20. März. (Amtsbl. Nr. 99.)

Statt des Stempelpapiers werden auch Marken ausgegeben, und zwar dem Stempel entsprechend so, dass das Format des Papiers, auf dem die Marke angebracht wird, dem Stempelbogen gleich sein muss.

78. *Verordnung* (des Grossen Rats des Kantons Aargau) *betreffend Erhöhung der Patentgebühr für Aktien- und Kommanditaktiengesellschaften und Kreditgenossenschaften.* Vom 28. Oktober. (G. S., N. F. IV S. 313 f.)

Von den im Geschäftsbetrieb arbeitenden eigenen Geldern 0,6 ‰, von den anvertrauten Geldern 0,2 ‰.

79. *Verordnung* (des Reg.-Rats des Kantons Bern) *betreffend Mass und Gewicht im Handel mit Brennmaterialien.* Vom 1. April. (Ges., Dekr. und Verordn., N. F. XXXV S. 40 ff.)

80. *Abänderung* (des Reg.-Rats des Kantons Luzern) der *Verordnung zum Bundesgesetze über Mass und Gewicht.* Vom 27. April. (S. d. Verordn. des R. R., Heft VII S. 343 f.)

Betrifft den Verkauf des Brennholzes (§ 18) und gestattet im Kleinhandel Verkauf in geeichten Reifen von 50 cm innern Durchmesser bei Scheitlänge von 25 cm.

81. *Beschluss* (des Reg.-Rats des Kantons Zürich) *betreffend das Verbot chemischer Mittel zur Fleischkonservierung.* Vom 19. Dezember. (Off. G. S., XXIV S. 325 f.)

82. *Verordnung* (desselben) *betreffend die Bezeichnung von Kaffeesurrogaten.* Vom 31. Dezember. (Das. S. 326.)

83. *Verordnung* (des Reg.-Rats des Kantons Zürich) *betreffend Hackfleisch und Hackfleischmaschinen.* Vom 27. August. (Off. G. S., XXIV S. 251 f.)

Untersagung der Einfuhr und des Handels mit gehacktem Fleisch (Wurstpret) im Kanton, und Unterstellung des Betriebs der privaten und öffentlichen Fleischhackmaschinen unter die Kontrolle des Fleischschauers.

84. *Vollziehungsverordnung* (des Reg.-Rats des Kantons Bern) *zum Gesetz über den Marktverkehr und den Gewerbebetrieb im Umherziehen.* Vom 13. November. (Ges., Dekr. und Verordn., N. F. XXXV S. 113 ff.)

Die bekannten Vorschriften über Patentlösung, die übelbeleumdeten Personen nicht gewährt wird, Patentgebühren, Pflichten der Hausierer, Strafen auf Zuwiderhandeln.

85. *Verordnung* (des Grossen Rats des Kantons Graubünden) *betreffend Viehmärkte im Kanton Graubünden.* Maisitzung. (Absch. d. Gr. R. v. 6. Juni, S. 41 ff.)

Der Kanton wird in sechs Marktgebiete geteilt, innerhalb deren die Märkte in den einzelnen Orten aufeinander folgend anzusetzen sind. Den Marktorten liegt die Herstellung von Marktplätzen und die polizeiliche Aufsicht über die Viehmärkte ob. Der Kleine Rat überwacht die Vollziehung der Verordnung, die mit 1. Januar 1898 in Kraft tritt.

86. *Beschluss* (der Korporationsgemeinde Uri) *betreffend Verkauf von Holz und Steinen.* Vom 10. Mai. (G. S., V S. 224.)

Grössere Mengen von Holz und Steinen soll die Korporationsverwaltung nur auf dem Steigerungswege verkaufen, und bei Verkauf von Steinen bei gleichen Bedingungen einem Bürger den Vorzug vor einem Fremden geben. Ungenügende Angebote berechtigen die Verwaltung, das Gantobjekt selbst zu ersteigern und später aus freier Hand zu verkaufen.

87. *Vollziehungsbestimmungen* (des Reg.-Rats des Kantons Zug) *zur Verordnung betreffend den Verkauf von Arzneimitteln und Giften vom 15. Juli 1889*. Vom 25. November. (S. d. G., VII Nr. 73.)

Verzeichnis der nur in Apotheken, nicht in Droguerien verkäuflichen Arzneimittel und der nur in öffentlichen Apotheken und nur gegen Giftschein abzugebenden Giftstoffe.

88. *Règlement* (du Conseil d'Etat du canton de Fribourg) *sur le transport, l'emmagasinage et la vente des matières explosibles*. Du 4 août. (Bull. off. des Lois, LXV p. 91 ss.)

Sicherheitspolizeilich.

89. *Gesetz* (des Grossen Rats des Kantons Thurgau) *gegen Missbräuche bei Veräusserung von Liegenschaften*. Vom 26. November 1895, angenommen in der Volksabstimmung vom 9. Februar 1896. (Amtsbl. Nr. 1.)

Der die Vorlage an die Volksabstimmung begleitende Bericht des Regierungsrats weist hin auf die vielfachen Klagen, zu denen der neuerdings überhandnehmende gewerbsmässige Handel mit Liegenschaften und die sogen. Güterschlächterei Anlass gegeben haben, und auf die Gefahr, die aus diesem Güterschacher der Landwirtschaft wegen der damit verbundenen unverhältnismässigen Steigerung der Liegenschaftspreise und Ausbeutung und Ueberschuldung des Bauernstandes drohe. Das Gesetz erstrebt Abhilfe durch folgende Bestimmungen: § 1 giebt erst dem unter Mitwirkung des Notars des Kreises oder des Katasterführers der Gemeinde, wo sich die Liegenschaft befindet, abgeschlossenen Vertrage rechtsverbindliche Kraft (von dieser Mitwirkung erwartet man einen Schutz des geschäftsunkundigen Käufers gegenüber dem routinierten Händler). Zur Erweiterung dieses Schutzes statuiert § 2 als unzulässig folgende Spezialabmachungen: a) dass der Verkäufer für einen bestimmten Erlös aus der verkauften Liegenschaft oder Teilen davon Garantie leiste; b) dass sich der Verkäufer gefallen lassen müsse, auf den bei Wiederverkauf sich ergebenden Erlös für seine Forderung ganz oder teilweise verwiesen zu werden; c) dass der Verkäufer die Liegenschaft oder einzelne Teile unter gewissen Bedingungen zu einem bestimmten Preis wieder zu übernehmen habe. Verträge mit solchen Bestimmungen dürfen nicht gefertigt werden. § 3 verlangt bei öffentlichen Liegenschaftsganten (wie das übrigens schon bisher der Fall war) Verlesung der Gantbedingungen, und führt neu ein, dass von nun an bloss zwei (statt drei) Versteigerungen stattfinden dürfen, wobei die Meistbieter der ersten bis zum Schlusse der zweiten bei ihren Angeboten behaftet werden können. Nach Schluss der Gant gemachte Angebote dürfen nicht mehr in den Gantrodel aufgenommen werden, und die Zusage darf nur auf Grund eines wäh-

rend der Gant gemachten öffentlichen Angebots geschehen (dies zur Verhinderung des Unfugs, dass Kaufliebhaber nach der Gant durch den Verkäufer unter Anwendung verschiedener Kunstgriffe zu möglichst hohen Nachgeboten veranlasst werden). Verboten wird ferner die Anstellung von Personen zu dem Zwecke, durch Beteiligung beim Bieten den Preis im Interesse des Verkäufers in die Höhe zu treiben, sowie die schenkweise Verabfolgung von Speise und Trank vor, während oder nach der Gant. Die Fertigung darf frühestens acht Tage nach Abschluss des Vertrages, resp. nach der Gant stattfinden („damit der Käufer vor jeder Uebereilung bewahrt bleibe," sagt der Bericht; aber er ist ja durch den Vertrag gebunden!). Jeder Rechtsakt, der gegen eine dieser Bestimmungen verstösst, ist von den Kontrahenten anfechtbar bis 30 Tage nach Kenntnisnahme von der Uebertretung, jedoch spätestens 30 Tage nach der Fertigung. § 4: Auf die Bestimmungen von § 1 und 2 kann von den Parteien nicht verzichtet werden. § 5. Uebertretungen von § 2 oder 3 durch Beamte sind vom Bezirksrat unter Vorbehalt des Rekurses an den Regierungsrat disziplinarisch zu ahnden, in schweren Fällen wegen Amtspflichtverletzung oder Amtsmissbrauches an den Strafrichter zu überweisen. — Hiezu

90. *Vollziehungsverordnung* (des Reg.-Rats des Kantons Thurgau) ***zum Gesetz gegen Missbräuche bei Veräusserung von Liegenschaften vom 26. November 1895.*** Vom 13. März 1896. (Amtsbl. Nr. 24.)

Stellt die Formel für die Beurkundung des Kaufvertrags durch den Notar oder Katasterführer (§ 1 des Ges.) auf sowie deren Gebühren. Kaufverträge ohne diese Formel sind nicht zur Fertigung zuzulassen. Letztere darf unter keinen Umständen vor Abfluss von acht Tagen nach Abschluss der Kaufverträge vorgenommen werden.

91. ***Gesetz*** (des Kantonsrats des Kantons Zürich) ***betreffend den gewerbsmässigen Verkehr mit Wertpapieren.*** Vom 17. Februar. Angenommen in der Volksabstimmung vom 31. Mai. (Off. G. S., XXIV S. 191 ff.)

Schon 1888 war der Regierungsrat vom Kantonsrate eingeladen worden, das Gesetz von 1883 betr. die Gewerbe der Effektensensale und Börsenagenten im Sinne einer Erhöhung der Taxen zu revidieren; dazu kam 1891 der Auftrag, Vorschriften zur Einschränkung des Börsenspiels und Verbot des letztern für Beamte und Angestellte, die öffentliche Güter verwalten, ebenfalls einzubeziehen. Es handelte sich also nun einerseits um Erhöhung einer Einnahme des Staates, andrerseits um Verhinderung von Missbräuchen im Börsenverkehr. Auf gänzliche Aufhebung des Börsenspiels wurde von vorneherein verzichtet, weil man, um das zu erreichen, die Börse überhaupt unterdrücken müsste, die doch als ein für den

heutigen Handelsverkehr geradezu unentbehrliches Institut müsse bezeichnet werden. Auch das „eigentliche Differenzgeschäft" geradezu zu verbieten, gehe nicht an, weil der Begriff dieses Geschäfts noch nie juristisch genau habe festgestellt werden können und ein solches Verbot mit grösster Leichtigkeit umgangen werden könnte. Mit diesem Punkte beschäftigt sich nun der erste Teil des Gesetzes. Er unterstellt den gewerbsmässigen Verkehr mit Wertpapieren (ausser Wechseln, wechselähnlichen Papieren und Schuldbriefen) der staatlichen Aufsicht und demgemäss die Börsensensale und Börsenagenten, sowie diejenigen Personen und Gesellschaften, die gewerbsmässig den Kauf und Verkauf von Prämienlosen vermitteln, für ihren Gewerbebetrieb der staatlichen Bewilligung. Jeder den Verkehr mit Wertpapieren gewerbsmässig Betreibende muss kaufmännische Bücher führen, nach näheren Vorschriften in §§ 4 und 5. Den gewerbsmässigen Vermittlern des Verkehrs mit Wertpapieren (ausser den Börsensensalen) ist, gegenteilige Vereinbarung vorbehalten, gestattet, Aufträge zum Kauf oder Verkauf von Wertpapieren durch Selbsteintritt in der Weise auszuführen, dass der Beauftragte sich verpflichtet, die Papiere, die er einkaufen soll, selbst als Verkäufer zu liefern, oder solche, die er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer zu übernehmen. Auf dem betreffenden Abschlussdokument ist anzugeben, ob Selbsteintritt oder kommissionsweise Ausführung stattgefunden. Scheingeschäfte sind untersagt, ebenso Abreden der gewerbsmässigen Vermittler des Wertpapierverkehrs mit Dritten oder unter sich zum Zwecke eines ungebührlichen Einflusses auf den Kurs der Papiere. Verboten ist der Handel mit Coupons über noch nicht festgesetzte Dividenden und der Verkauf von Prämienlosen auf Abzahlung (Ratenloshandel), verboten ferner der Abschluss von Käufen oder Verkäufen über Wertpapiere auf Zeit (Termingeschäfte) mit öffentlichen Beamten und Angestellten im Kanton, die zur Leistung einer Amtskaution verpflichtet sind, mit Geschäftsangestellten ohne schriftliche Bewilligung der Geschäftsinhaber, mit Personen, deren Identität vom Beauftragten in vorsätzlicher oder fahrlässiger Weise nicht zuvor festgestellt wird, oder deren Mittellosigkeit bezw. Zahlungsunfähigkeit bei Entgegennahme des Auftrags dem Beauftragten bekannt ist oder bei gehöriger Sorgfalt bekannt sein konnte. Ebensowenig dürfen für solche Personen Termingeschäfte mit Dritten abgeschlossen werden. Wer die Notlage, die Verstandesschwäche, den Leichtsinn oder die Unerfahrenheit eines andern dazu benutzt, um mit ihm oder für ihn ein Geschäft in Wertpapieren abzuschliessen, verfällt einer Polizeibusse bis auf 5000 Fr. und in schweren Fällen Gefängnisstrafe, vorbehältlich Schadenersatz und Aufhebung des Geschäfts auf Verlangen des Geschädigten. Die Veräusserung oder die Ver-

pfändung der gekauften Wertpapiere durch den Vermittler ist unzulässig, sofern nicht der Auftraggeber schriftliche Einwilligung erteilt hat.

Der zweite Abschnitt handelt von den Börsensensalen und Börsenagenten; Börsensensal ist, wer an der Börse Käufe und Verkäufe von Wertpapieren für fremde Rechnung und auf fremden Namen vermittelt (auf eigene Rechnung solche Geschäfte zu machen ist ihnen nicht gestattet). Börsenagent ist, wer an der Börse Käufe oder Verkäufe von Wertpapieren auf den eigenen Namen, gleichviel ob auf fremde oder eigene Rechnung, abschliesst. Die Bewilligung zur Ausübung dieses Berufs erteilt die Direktion des Innern nach Einholung eines Gutachtens des Börsenkommissariats und der kantonalen Kommission für das Handelswesen an Personen (oder Gesellschaften), die in bürgerlichen Ehren und Rechten stehen, eines guten Rufes geniessen und die erforderlichen fachmännischen Kenntnisse haben. Die Börsensensale bezahlen jährlich eine Gebühr von 200 Fr., die Börsenagenten von 500 Fr. Jene haben eine Realkaution von 5000 Fr., diese von 20,000 Fr. zu leisten. Sonst noch Einzelnes über Stellung und Pflichten dieser Persönlichkeiten, sowie über die von der Vereinigung derselben aufgestellten Statuten, Reglemente, Usanzen und Aufnahme von Wertpapieren in das Kursblatt. An der Börse können Geschäftsabschlüsse über Wertpapiere nur durch die Börsensensale und Börsenagenten vollzogen werden. Die Börsenbesucher haben sich somit deren Vermittlung zu bedienen.

Der dritte Abschnitt, Stempelgebühren, dient wesentlich dem Zwecke einer Vermehrung der Staatseinnahmen.

Der vierte handelt vom Börsenkommissariat, das vom Regierungsrat zur Ausübung der staatlichen Kontrolle über den Verkehr mit Wertpapieren, insbesondere den Betrieb der Börsengeschäfte, aufgestellt wird.

Endlich Straf- und Vollziehungsbestimmungen.

Zu dem Gesetze kommt

92. *Verordnung* (des Reg.-Rates des Kantons Zürich) *zum Gesetze vom 31. Mai 1896 betreffend den gewerbsmässigen Verkehr mit Wertpapieren.* Vom 3. Juli. (Off. G. S., XXIV S. 234 ff.)

Giebt Vorschriften über die Führung des Journals der diesen Verkehr gewerbsmässig Betreibenden oder Vermittelnden und über Berechnung der Stempelgebühr; Geschäfte, die aus Auftrag und für Rechnung zürcherischer Vermittler auswärts abgeschlossen werden, sind von der Stempelgebühr frei, dagegen nicht Abschlüsse auf zürcherischen Plätzen über auswärts lieferbare Effekten. Endlich noch

93. *Pflichtordnung* (des Reg.-Rats des Kantons Zürich) *für das Börsenkommissariat.* Vom 30. Juni. (Off. G. S., XXIV S. 227 f.)

Hervorzuheben, dass den Beamten des Börsenkommissariates jede Spekulation in Wertpapieren und jede Verletzung von Geschäftsgeheimnissen untersagt ist.

94. *Verordnung* (des Reg.-Rats des Kantons Zürich) *betreffend die Feuerpolizei.* Vom 1. Oktober. (Off. G. S., XXIV S. 253 ff.)

Diese Verordnung enthält sehr eingehende Vorschriften über das Umgehen mit Feuer und feuergefährlichen Gegenständen, namentlich auch über das Lagern und den Transport solcher, über Erstellung elektrischer Starkstrom-Anlagen, Aufstellung und Betrieb von Motoren, Gas- und Petrolöfen, Anlage und Unterhalt der Feuerstellen und anderer baulicher Einrichtungen, schliesslich über die Löschanstalten (§ 129: Die männliche Bevölkerung einer Gemeinde im Alter von 20 bis 50 Jahren ist zum Feuerwehrdienste verpflichtet), Handhabung der Feuerpolizei und Strafbestimmungen bei Nichtbefolgung dieser Verordnung.

95. *Gesetz* (des Kantonsrats des Kantons Zürich) *betreffend das Wirtschaftsgewerbe und den Kleinverkauf von geistigen Getränken.* Vom 3. Februar. Angenommen in der Volksabstimmung vom 31. Mai. (Off. G. S., XXIV S. 174 ff.)

Schon das Wirtschaftsgesetz von 1888 hatte die Patentgebühren erhöht und die Anforderungen an die persönliche Qualität der Bewerber, wie an die Wirtschaftslokale verschärft. „Leider, sagt der beleuchtende Bericht der kantonsrätlichen Kommission, hat der Erfolg die Hoffnungen, welche auf diese Mittel gesetzt worden sind, nicht bestätigt; es erwies sich das bestehende Gesetz, soweit es einem weiteren Ueberwuchern des Landes mit Wirtschaften hätte wehren sollen, als durchaus unzulänglich. Die erhöhten Patentgebühren wirkten nicht abschreckend“ u. s. w. „Der Ueberwucherung mit Wirtschaften kann mit Erfolg nur gesteuert werden, wenn die Behörden der Pflicht enthoben sind, schrankenlos Wirtschaftspatente zu erteilen, sobald die persönliche Eignung des Bewerbers und die sanitarische Einrichtung des Lokales eine Abweisung nicht zulassen. Es hat für die Patentbewilligung auch das Mass des Bedürfnisses nach einer Wirtschaft und das allgemeine Interesse, bezw. das öffentliche Wohl mit in Betracht zu fallen.“

Aus diesen Erwägungen sind die §§ 18 und 19 des Gesetzes hervorgegangen, welche lauten: „Die Eröffnung neuer Wirtschaften in einer Gemeinde oder einem Gemeindeteil ist zu verweigern, wenn daselbst die Zahl der Wirtschaften bereits das lokale Bedürfnis übersteigt und dem öffentlichen Wohl schädlich ist. Letzteres ist namentlich dann anzunehmen, wenn in der Gemeinde oder in dem betreffenden Gemeindeteile eine Wirtschaft auf weniger als 200 Einwohner entfällt. Massgebend ist die letzte eidgenössische oder Gemeinde-Volkszählung. Vorbehalten bleiben die besonderen

Verhältnisse von Landgemeinden, in welchen wegen der Ausdehnung ihres Gebietes und der Lage der einzelnen Gemeindeteile unter sich das Bedürfnis einer grösseren Zahl von Wirtschaften besteht. Ebenso sind ungewöhnliche Verkehrsverhältnisse (starker Verkehr von aussen, Eigenschaft der Oertlichkeit bezw. des Quartiers als Geschäftscentrum, Nähe eines Bahnhofes und dergl.) zu berücksichtigen. - - Alle vier Jahre, für Ortschaften mit stark wachsender Bevölkerung alle zwei Jahre, ist festzustellen, ob in einer Gemeinde oder in einzelnen Gemeindeteilen die in § 18 Abs. 1 festgesetzte Einschränkung zur Anwendung komme. Die Beschlussfassung hierüber, sowie über die Gestattung von Ausnahmen nach § 18 Abs. 2 steht nach Anhörung des Gemeinderates und des Bezirksrates dem Regierungsrate zu.“ Die zur Zeit bestehenden Wirtschaften bleiben also ausser Frage. Auch gelten die §§ 18 und 19 nicht für Kaffee-, Temperenz- und ähnliche Wirtschaften, die keine alkoholhaltigen Getränke abgeben; deren Existenz will man nicht beschränken.

Für die Patenterwerbung gilt: Der Patentbewerber muss volljährig, handlungsfähig und seit mindestens einem Jahre im Kanton niedergelassen und wohnhaft sein (letzteres wird hauptsächlich mit den allgemeinen Wohlfahrtsinteressen der Bevölkerung gerechtfertigt, die wissen soll, mit wem sie es zu thun hat, wie umgekehrt jeder, der eine Wirtschaft betreiben will, die gesetzlichen Vorschriften und die Sitten und Einrichtungen am Orte sowie die Einwohnerschaft kennen gelernt haben soll); ferner darf der Patentbewerber nicht wegen eines Verbrechens gegen die Sittlichkeit bestraft worden sein; wer wegen anderer gemeinen Verbrechen bestraft worden ist, ist während zehn Jahren von der Erstehung der Strafe an gerechnet ausgeschlossen, und wer durch gerichtliches Urteil im Aktivbürgerrecht eingestellt ist, für die Dauer der Einstellung. Das Patent ist auch zu verweigern, wenn der Bewerber in sittenpolizeilicher Hinsicht übel beleumdet ist, durch früheren Gerichtsentscheid des Rechts zur Betreibung einer Wirtschaft verlustig erklärt worden war, wegen Uebertretung von Vorschriften der Lebensmittel- oder Wirtschaftspolizei wiederholt bestraft worden ist, oder von einem Dritten (Abgewiesenen) nur vorgeschoben ist. Das Patent fällt dahin, wenn einer dieser Ausschliessungsgründe während des Wirtschaftsbetriebes eintritt oder nachträglich den Behörden bekannt wird. Die Namen der Patentbewerber sind unter Ansetzung einer Frist öffentlich bekannt zu machen, damit Dritte Gelegenheit haben, allfällig vorhandene gesetzliche Hinderungs- oder Abweisungsgründe beim Gemeinderat geltend zu machen. Die Finanzdirektion erteilt die Patente, gegen ihre Entscheide ist Rekurs an den Regierungsrat zulässig. Die Patente werden auf ein Jahr erteilt.

Der Abschnitt über die Wirtschaftspolizei ist erweitert, hervorzuheben ist: Verbot, junge Leute unter 16 Jahren, die nicht von Erwachsenen begleitet oder auf der Durchreise begriffen sind, zu bewirten; Festsetzung der Ruhezeiten für das Dienstpersonal, namentlich für Mädchen unter 20 und Knaben unter 16 Jahren; Einschränkung der öffentlichen Tanzbelustigungen; Recht der Gemeinden, für sich eine Polizeistunde einzuführen (nach 12 Uhr Nachts dürfen die Bediensteten überhaupt für keinerlei Dienst in Anspruch genommen werden, wovon man sich schon von selbst eine um diese Zeit allgemein eintretende Schliessung der Wirtschaften verspricht); als Wein darf nur verwirtet werden das durch Gährung des reinen Traubensaftes ohne irgend einen Zusatz entstandene Getränk, andere Getränke müssen als Kunstwein u. s. f. bezeichnet werden. — Die Gasthöfe und Speisewirtschaften sind in 20 Klassen einzuteilen, für welche die Patentgebühr von 100 auf 2000 Fr. steigt. Für Hôtels garnis, Konditoreien und Kostgebereien (in 10 Klassen) ist die Gebühr 50 bis 500 Fr., für Kaffee-, Temperenz- und ähnliche Wirtschaften (6 Klassen) Fr. 50 bis 200.

Bezüglich des Kleinverkaufs von geistigen Getränken (Wirtschaft über die Gasse) enthält das Gesetz die Neuerung, dass auch dafür Erwerb eines Patents notwendig ist, dessen Gebühr Fr. 20 bis Fr. 400 ist.

Zum Schlusse noch Strafbestimmungen und ein paar Uebergangsbestimmungen. Endlich gehört noch dazu

96. *Vollziehungsverordnung* (des Reg.-Rats des Kantons Zürich) *zum Gesetze betreffend das Wirtschaftsgewerbe und den Kleinverkauf geistiger Getränke vom 31. Mai 1896.* Vom 18. August. (Off. G. S., XXIV S. 237 ff.)

Am wichtigsten darin ist der erste Abschnitt, der die Ausführung der §§ 18 und 19 regelt und soviel wir sehen, der Gegenströmung vielleicht zu stark nachgiebt, innerhalb des Rahmens des Gesetzes dessen Tragweite abzuschwächen und Ausnahmen zu gestatten. Dann noch Ausführungsvorschriften bezüglich Einrichtung der Wirtschaftslokalitäten, Behandlung der Wirtschaftsbediensteten, und Kleinverkauf geistiger Getränke.

97. *Abänderung* (des Kantonsrats des Kantons Schwyz) *des § 11 der Wirtschaftsverordnung vom 26. Februar 1886.* Vom 7. August. (Amtsbl. Nr. 34.)

Die Wirte und Kleinverkäufer von gebrannten Wassern haben eine jährliche Wirtschaftsabgabe von Fr. 40—1000 an die Bezirkskasse zu bezahlen. Für den Kleinverkauf gebrannter Wasser aus eigenem Gewächs beträgt jedoch die Abgabe 5—20 Fr.

98. *Gesetz* (des Kantonsrats des Kantons Solothurn)

betreffend das Wirtschaftswesen und den Handel mit geistigen Getränken. Vom 28. November 1895. Angenommen in der Volksabstimmung vom 9. Februar 1896. In Kraft getreten den 1. Juli 1896. (S. d. G. LXII.)

Der Solothurnische Wirteverein hatte ein von mehr als 2000 Stimmberechtigten unterzeichnetes Initiativbegehren um Erlass eines neuen Wirtschaftsgesetzes und zugleich einen ausgearbeiteten Entwurf eines solchen eingereicht. Als dessen Zweck wurde angegeben: im Wirtschaftsgewerbe Ordnung und Zucht zu halten und durch Abstellung von Missbräuchen dem Volke zu dienen. Der Kantonsrat war der Meinung, dass der Entwurf diesen Zweck nicht erreiche, weil er 1. neben den Wirtschaftspatenten auch Patente für den Kleinverkauf geistiger Getränke in Quantitäten unter 2 Litern vorsehe, wodurch nur die Trinkgelegenheiten vermehrt würden, abgesehen von Widersprüchen mit der eidg. Alkoholgesetzgebung; 2. zu rigorose Bestimmungen bezüglich des Raumgehalts der Wirtschaftslokale enthalte; 3. in verschiedenen Einzelheiten mangelhaft und unvollständig sei. Der vom Kantonsrat ausgearbeitete und vorgelegte Gegenentwurf erhielt in der Volksabstimmung die Mehrheit der Stimmen. Nach diesem Gesetz werden verschiedene Patente erteilt für Gasthöfe, Speise- und Schenkwirtschaften, Konditoreien mit Ausschank geistiger Getränke und Kaffeewirtschaften. Patente werden nur an gutbeleumdete, in bürgerlichen Rechten stehende Personen und Korporationen, Gesellschaften u. s. w. erteilt. Die Lokalitäten müssen bestimmten Bedingungen betreffs der Lage, des Zugangs und der baulichen Einrichtung entsprechen. Besonders hervorzuheben ist § 10: „Das Patent für die Errichtung einer neuen, sowie die Erneuerung oder Uebertragung eines Patentes für eine bestehende Wirtschaft soll verweigert werden, wenn das Entstehen oder die Weiterführung der Wirtschaft am betreffenden Orte dem lokalen Bedürfnisse und dem öffentlichen Wohle zuwider ist.“ Patentgebühr für Gasthöfe Fr. 150—300, für Speisewirtschaften Fr. 100—200, je nach den Ortschaften, für Konditoreien und Kaffeehäuser die Hälfte der für Speisewirtschaften aufgestellten. Wirtschaftspolizei; hier unter anderm: Verbot des Platzgebens zu Zweikampf auf Waffen, Polizeistunde 12 Uhr, für Musik, Kegeln u. s. w. 11 Uhr. Besondere Gebühr für Tanzbelustigungen.

Handel mit geistigen Getränken: Grosshandel (d. h. Handel mit Wein oder Bier in Quantitäten von mindestens 2 Litern und Handel mit gebrannten Wassern aller Art in Quantitäten von mindestens 40 Litern) ist freies Gewerbe. Kleinhandel (der sich unter diesen Quantitäten hält) erfordert ein Wirtschaftspatent oder ein besonderes Verkaufspatent. Patentgebühr für Wein, Bier und Qualitätsspirituosen Fr. 100—150, für gebrannte Wasser Fr. 200—300.

Die Patente für erstere werden erteilt an Weinhändler, Bierbrauer, Konditoreien, Apotheken, Droguerien und Konsumvereine, die für letztere an Grosshändler für Wein und Branntwein mit Verkaufslokalitäten, die ausschliesslich diesem Zwecke dienen. Strafbestimmungen: Unterlassung der Patentlösung Fr. 50—500, für einzelne Zuwiderhandlungen Fr. 1—200. Bei Rückfall Verdoppelung, in schweren Fällen Schliessung der Wirtschaft.

Zu diesem Gesetze gehören noch folgende Erlasse.

99. *Verordnung* (des Reg.-Rats des Kantons Solothurn) *zu Vollziehung des Gesetzes vom 9. Februar 1896.* (S. d. G., LXII.)

Einreichung des Patentgesuchs bei dem Oberamt, mit den genauen nötigen Angaben über Qualifikation des Bewerbers und Beschaffenheit der Lokalitäten und mit den Leumundszeugnissen. Begutachtung des Gesuchs durch den Einwohnergemeinderat, sodann Gutachten des Oberamtmannes hierüber und Antrag an das Polizeidepartement, das die Sache dem Regierungsrat zum Entscheide vorlegt.

Da die Patentgebühr je nach den Ortschaften verschieden hoch sein soll, so ist ferner aufgestellt worden eine

100. *Klassifikation der Gemeinden.* Regierungsratsbeschluss vom 9. April.

Und zwar vier Klassen.

Endlich sind noch zu Vollziehung des § 10 des Gesetzes wegleitende Normen aufgestellt worden in dem

101. *Regulativ* (des Reg.-Rats des Kantons Solothurn) *betreffend die Handhabung der sog. Bedürfnisfrage bei Errichtung von neuen Wirtschaften.* Vom 20. Oktober.

Ob das Entstehen der neuen Wirtschaft am betreffenden Orte dem lokalen Bedürfnisse und dem öffentlichen Wohle zuwider sei, wird zuerst vom Einwohnergemeinderat und vom Oberamt begutachtet, und auf Prüfung beider Gutachten entscheidet der Regierungsrat. Im allgemeinen ist anzunehmen, dass die Wirtschaft dem lokalen Bedürfnis und dem öffentlichen Wohl zuwider sei, wenn an dem betreffenden Orte auf weniger als 200 Einwohner eine Wirtschaft entfällt. Daneben sind noch die besonderen Verhältnisse der Oertlichkeit in Betracht zu ziehen.

---

102. *Gesetz* (des Kantonsrats des Kantons Solothurn) *betreffend den Schutz der Arbeiterinnen.* Vom 29. November 1895, angenommen in der Volksabstimmung vom 9. Februar 1896. (S. d. G., LXII.)

Nach dem Vorgange anderer Kantone Ausdehnung der wesentlichen Bestimmungen des eidgenössischen Gesetzes über die Arbeit in den Fabriken von 1877 auf „alle Geschäfte, in denen eine oder

mehrere weibliche Personen gegen Lohn oder zur Erlernung eines Berufes arbeiten," ausgenommen landwirtschaftliche Betriebe und kaufmännische Büreaux; auch für die weiblichen Bediensteten der Wirtschaften und Ladengeschäfte gelten bloss die §§ 16—18, die ihnen eine ununterbrochene Nachtruhe von 10 Stunden (Ladenmädchen) und 8 Stunden (Kellnerinnen) und einen freien Halbtag per Woche garantieren. Die anderen Arbeiterinnen haben Anspruch auf elfstündige Arbeitszeit, Arbeitszeitverlängerungen können von der Behörde (Oberamtmann) bewilligt werden. Sonst die in diesen Gesetzen üblichen Vorschriften über Lohnzahlung, Lohnabzüge, Lehrverträge u. a. Auf Zuwiderhandlungen steht Geldbusse bis auf 200 Fr.

103. *Loi* (du Grand Conseil du canton de Neuchâtel) ***sur la protection des ouvrières.*** Du 19 mai. (Nouv. Rec. des Lois, IX p. 406 ss.)

Nach dem Vorgange einer Anzahl anderer Kantone werden auch von Neuenburg in diesem Gesetze die Vorteile des Fabrikgesetzes den Arbeiterinnen zugewendet, die in Werkstätten und Arbeitsräumen aller Art, wenn auch als einzige Angestellte, beschäftigt werden. Unterschieden werden aber die in établissements et ateliers und die in magasins, boutiques, comptoirs, hôtels, auberges, cercles, restaurants et brasseries verwendeten Arbeiterinnen. Auch bezieht sich das Gesetz nicht auf ateliers de famille, die nur Familienangehörige beschäftigen, und nicht auf landwirtschaftlichen Betrieb und Dienstbotenverhältnisse in Privathäusern. Die Anwendung des Gesetzes steht unter der Aufsicht der Gemeindebehörden und der Oberaufsicht des kantonalen Aufsehers über das Lehrlingswesen.

Einzelnes: Vor vollendetem 14. Altersjahr sollen Mädchen nicht in Werkstätten beschäftigt werden, und bis zu vollendetem 15. Jahr nicht über 10 Stunden täglich, von da an nicht über 11 Stunden. Arbeit zur Nacht und an Sonn- und Festtagen ist untersagt. Ausnahmsbewilligungen durch die Gemeindebehörde sind vorgesehen. Dann noch einige Vorschriften über Salubrität der Arbeitsräume u. s. f., vierzehntägige Lohnzahlung in gesetzlicher Münze mit Ausschluss gegenteiliger Verabredung. Für Bedienung in Magazinen und Wirtschaften gilt der Elfstundentag nicht, sondern bloss ununterbrochene Nachtruhe von 9 Stunden und Ruhezeit während des Tages; Töchter unter 18 Jahren dürfen dazu nicht angestellt werden. Dienstmädchen in Wirtschaften haben auf die vier Sonntage des Monats ein Recht zu zwei freien Vormittagen und zwei freien Nachmittagen. Busse für Uebertretungen Fr. 5 bis 20.

104. *Loi* (du Grand Conseil du canton de Vaud) ***sur l'apprentissage.*** Du 21 novembre. (Rec. des Lois, XCIII p. 334 ss.)

Dieses Gesetz gilt für alle Lehrlingsverhältnisse in Industrie, Handwerk und Handel. Es kann durch Vertrag nichts Abweichendes vereinbart werden. Eine Commission d'apprentissage entscheidet darüber, ob eine Person dem Gesetz unterworfen ist, unter Rekursrecht an das Landwirtschafts- und Handelsdepartement. Jedes Lehrlingsverhältnis muss durch schriftlichen Vertrag nach amtlichem Formular festgestellt in drei Exemplaren ausgefertigt werden (eins für die Gerichtschreiberei der prud'hommes, resp. die Gemeindeschreiberei, eins für den Lehrherrn und eins für den Lehrling oder dessen Vertreter). Vater oder Mutter des Lehrlings müssen sich dem Lehrherrn für getreue Pflichterfüllung des Lehrlings haftbar erklären. Der Lehrherr hat die Pflicht, den Lehrling seinen Beruf vollständig zu lehren, und kann ihn nicht auf Kosten der Lehre zu häuslichen Diensten anhalten. Er soll ihn an Elternstatt überwachen, schwere Vergehen den Eltern oder Vormündern anzeigen, ebenso Krankheit, überhaupt ihn physisch und moralisch gut behandeln, u. s. f. Der Lehrling schuldet dem Lehrherrn Gehorsam und Achtung, und Verschwiegenheit über Geschäftsgeheimnisse.

Das Lehrlingswesen steht unter der Ueberwachung der dafür bestellten Kommissionen der Conseils de prud'hommes, die hinwiederum von dem Landwirtschafts- und Handelsdepartement kontrolliert werden. An diese Kommissionen gehen Beschwerden des Lehrherrn und des Lehrlings. Sie können den letzteren vom Lehrherrn wegnehmen, wenn sie finden, dass er nicht genug bei ihm lernt. Ein bei dem genannten Departement errichteter Conseil d'apprentissage hat die Examina der Lehrlinge im ganzen Kanton zu organisieren und zu überwachen. Alle Civilstreitigkeiten aus Lehrlingsverhältnissen werden von den Conseils de prud'hommes entschieden; mangels solcher von den Commissions d'apprentissage, unter Rekursrecht an den Conseil d'apprentissage bei einem Betrag über 500 Fr. Busse auf Zuwiderhandeln gegen dieses Gesetz bis auf 200 Fr., ausgesprochen von der Commission d'apprentissage mit Rekurs an die Chambre d'appel des prud'hommes oder mangels solcher an den Conseil bei Betrag über 50 Fr.

---

105. *Dekret* (des Kantonsrats des Kantons Unterwalden ob dem Wald) ***betreffend Krankenversicherung von Gesellen, Lehrlingen und Arbeitern.*** Vom 10. Februar. (Ges. und Verordn., VI S. 129 f.)

Pflicht der Meister und Arbeitgeber dafür zu sorgen, dass ihre Gesellen, Lehrlinge und Arbeiter entweder der hiesigen Krankenkasse beitreten oder sonst gegen Krankheit und Sterbefälle in gleichem Mass versichert sind. Sie haften dem Kanton und den Ge-

meinden im Unterlassungsfalle für alle Lasten, die diesen daraus erwachsen.

106. *Dekret* (des Grossen Rats des Kantons Bern) *über die Gebäudeeinschatzung und die Brandschadenabschatzung.* Vom 17. November. (Ges., Dekr. und Verordn., N. F. XXXV S. 125 ff.)

Zweck ist, die Kosten der Gebäudeeinschatzungen etwas gleichmässiger auf die Eigentümer zu verteilen, daher einlässliche Vorschriften für das Verfahren der Schatzungskommission sowohl bei Einschätzung der Häuser als bei Abschätzung des Brandschadens.

107. *Regulativ* (des Reg.-Rats des Kantons Zürich) *betreffend das Verfahren behufs Ausmittlung der Entschädigung bei Viehverlust durch Seuchen (§ 32 des Gesetzes betreffend die obligatorische Viehversicherung und die Entschädigung für Viehverlust durch Seuchen vom 19. Mai 1895).* Vom 26. März. (Off. G. S., XXIV S. 158 f.)

108. *Dekret* (des Grossen Rats des Kantons Bern) *betreffend die Organisation und Verwaltung der Viehentschädigungskasse und der Pferdescheinkasse.* Vom 20. Mai. (Ges., Dekr. und Verordn., N. F. XXXV S. 50 ff.)

Diese Kassen werden als ein besonderer Fonds durch die Hypothekarkasse unter Oberaufsicht des Regierungsrats verwaltet. Ihre Einnahmen sind: Zinsertrag ihrer Kapitalien, Stempelgebühren für Viehgesundheitsscheine, Bussenanteile, Rückvergütungen durch den Bund und Gebühren für Rückversicherungen. Entschädigungen leisten sie bei Rinderpest, Lungenseuche, Rotz und Hautwurm, Milzbrand und Rauschbrand, Wutkrankheit, je nach Umständen voll oder bis auf $^3/_4$, $^1/_2$ etc. des Schadens, laut genauer Vorschrift in § 9 ff. Schätzungsverfahren zur Ausmittlung des Schadens in § 21 ff.

109. *Gesetz* (der Landsgemeinde des Kantons Glarus) *betreffend die obligatorische Viehversicherung.* Vom 10. Mai. (Landsbuch IV S. 124 ff.)

Schon laut Gesetz vom 7. Mai 1893 muss jeder Eigentümer von Pferden und Rindvieh für jedes Stück dieser Gattung jährlich eine Viehsteuer entrichten, wogegen er entschädigt wird, wenn ein solches Tier an bestimmten Seuchen fällt oder wegen solcher aus sanitätspolizeilichen Gründen abgethan werden muss. Daneben bestehen auf Gegenseitigkeit beruhende Rindviehversicherungsgesellschaften zum Schutz gegen alle Unfälle, aber ihre Kräfte reichen nicht aus, um den beabsichtigten Zweck zu erfüllen. Darum soll die Versicherung obligatorisch gemacht werden, womit auch ein Bundesbeitrag erhältlich wird. Freilich aber wagte man nicht, das unbedingte Obligatorium der Landsgemeinde vorzuschlagen, sondern begnügte sich mit einem fakultativen, d. h. eine Gemeinde kann beschliessen, eine für alle Rindviehbesitzer derselben verbindliche Viehversicherungsanstalt zu gründen, wenn mehr als die Hälfte der Be-

sitzer von dauernd in der Gemeinde eingestelltem Rindvieh zustimmt und diese zugleich mehr als die Hälfte des verzeichneten resp. dauernd in der Gemeinde eingestellten Rindviehes besitzen. Ist dies der Fall, so wird eine Kommission von drei bis fünf Mitgliedern gewählt, die die Statuten entwirft. Diese werden auf einer demnächstigen Versammlung sämtlicher Rindviehbesitzer beraten und beschlossen und dann wird der Vorstand gewählt. Die so gegründete Viehversicherungsanstalt ist juristische Person. Auflösung kann von derselben Mehrheit beschlossen werden wie die Gründung. Diese Anstalt ersetzt den Viehbesitzern den Schaden, den sie durch Krankheit oder Unfall in Verbindung mit dem nachfolgenden Tode oder der notwendig gewordenen Tötung sowie durch Umstehen der versicherten Tiere erleiden, nach Massgabe der Statuten. Von der Versicherung ausgenommen sind die Verluste von versicherten Tieren, die durch Brand oder solche Seuchen entstehen, für welche der Bund und der Kanton Ersatz gewähren. Einzelne Viehbesitzer können wegen der Schwierigkeit der Ueberwachung ihrer Viehbestände oder wegen des durch die örtlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse bedingten besonders hohen Grades der Verlustgefahr von der Versicherung ausgeschlossen werden. Hiegegen ist Rekurs an die Landwirtschaftsdirektion, unter deren Aufsicht die Anstalten überhaupt stehen, gestattet. Der Kanton unterstützt die nach Massgabe dieses Gesetzes gebildeten Anstalten durch Beiträge aus der Staatskasse. Die Beiträge bestimmt der Regierungsrat auf Grund der eingereichten Rechnungen bis auf höchstens ein Drittel der von den Versicherten geleisteten Prämienbeiträge.

110. *Legge* (del Gran Cons. del cantone del Ticino) ***sull' assicurazione del bestiame e sul fondo cantonale per le epizoozie.*** Del 9 novembre. (Boll. off. delle Leggi, N. S. XXII p. 93 ss.)

Der Staat unterstützt bis auf 50 Cts. per Haupt Versicherungskassen, die sich den Vorschriften dieses Gesetzes unterziehen, d. h. ihre Statuten staatlich genehmigen lassen und alles Vieh in dem ihnen zugewiesenen Kreise zur Versicherung annehmen. Gewöhnlich sind diese Kassen von allen Vieheigentümern einer Gemeinde gebildet und ihr Kreis ist dann der Gemeindebezirk. Eine Mehrheit von Vieheigentümern kann die Minderheit in der Gemeinde zu einer solchen Vereinigung zwingen. Die Kassen haben juristische Persönlichkeit. Persönliche Haftpflicht der Mitglieder nach aussen besteht nicht. Dem Ackerbaudepartement haben die vom Staate unterstützten Kassen jährliche Berichterstattung abzulegen. Der Staat gründet einen besondern Fonds für seine Unterstützungen.

111. ***Regulativ*** (des Reg.-Rats des Kantons Zürich) ***betreffend Abschätzung des durch die Reblauskrankheit im Kanton***

Zürich verursachten Schadens. (Abschnitt IV des Gesetzes vom 17. Juni 1894 betreffend Massnahmen gegen die Reblaus.) Vom 20. August. (Off. G. S., XXIV S. 247 ff.)

Vorschriften zu Handen der durch § 28 genannten Gesetzes vorgesehenen Schätzungskommission.

112. *Loi* (du Grand Conseil du canton de Genève) *concernant la défense du vignoble genevois contre le phylloxera ainsi que sa reconstruction en vignes américaines.* Du 30 mai. (Rec. des Lois, LXXXII p. 464 ss.)

An Stelle des Gesetzes vom 23. Januar 1895 (diese Zeitschr. N. F. XV S. 396 Nr. 128) tritt dieses neue Gesetz. Der wesentliche Unterschied besteht, so viel ich sehe, darin, dass (Art. 7) die Kosten durch den Bundesbeitrag und den Kanton aufgebracht werden, die Rebbergeigentümer also nicht mehr (wie bisher mit $^1/_3$ im Maximum) partizipieren.

---

4. Erbrecht.

113. *Zusatz* (der Landsgemeinde des Kantons Glarus) *zu § 233 des bürgerlichen Gesetzbuches betreffend Testierfreiheit der Ehegatten.* Vom 10. Mai. (Landsbuch IV S. 154.)

Der § 233 betrifft die Testierfreiheit. Schon seit mehreren Jahren ist der Antrag an das Memorial der Landsgemeinde eingebracht worden, es möchte kinderlosen Ehegatten, auch wenn sie Kinder aus einer früheren Ehe haben, gestattet werden, dem überlebenden Ehegatten die Nutzniessung ihres Vermögens durch einseitiges Testament zuzuwenden. Der Antrag ist früher abgelehnt worden, weil man darin eine Benachteiligung der eigenen Kinder erblickte und Unfrieden in vielen Haushaltungen davon befürchtete. Jetzt ist der Antrag modifiziert wieder eingebracht worden, d. h. nur für den Fall, dass der den Niessbrauch konstituierende Ehegatte selber keine Kinder aus früherer Ehe habe. Auch in dieser Gestalt war die Neuerung stark angefochten, wurde aber von der Landsgemeinde angenommen. Ein neuer Absatz 2 von § 233 bg. G.-B. bestimmt nun: „Durch einseitiges Testament kann der kinderlos in die Ehe getretene Ehegatte dem überlebenden Ehegatten die Nutzniessung seines Vermögens zusichern, auch wenn der letztere Kinder hat, die sie nicht mit einander erzeugt haben; ein solches Testament bleibt indessen nur in dem Falle in Kraft, wenn der testierende Ehegatte auch im Zeitpunkte seines Todes keinerlei Kinder oder Nachkommen von solchen hinterlässt."

114. *Verordnung* (des Reg.-Rats des Kantons Luzern) *betreffend die Erbteilungen.* Vom 14. Februar. (S. d. Verordn. des R.-R., Heft VII S. 330 ff.)

Wo das Gesetz amtliche Erbteilung verlangt, findet sie in der Gemeinde, in der der Erblasser seinen Wohnsitz hatte, statt (nur ausnahmsweise in dessen Heimatsort) nach Verfügung des Regierungsrats. Die Teilungsbehörde soll mit möglichster Beförderung die Verhandlungen durchführen und die Erbguthaben aushändigen; bei längerer Ausdehnung der Bereinigung oder auf Verlangen eines Erben ist Barschaft in die Depositenkasse zu legen. Die Schlussteilung muss vor ihrer Protokollierung dem Gemeinderat zur Prüfung vorgelegt werden. Nach dessen Genehmigung erfolgt Ueberprüfung durch den Amtsgehülfen und Visierung der Teilung durch ihn.

III. Civilprozess.

115. *Kreisschreiben* (des Obergerichts des Kantons Luzern) *an die tit. Bezirksgerichte des Kantons betreffend Anwendung des § 366 des neuen Civilrechtsverfahrens.* Vom 21. November. (Kantonsbl. Nr. 50 S. 772 ff.)

Dieser Paragraph normiert das Verfahren bei Anfechtung von Kollokationsplänen nur sehr allgemein, daher das Obergericht sich veranlasst sieht, näheres darüber an die Hand zu geben namentlich betreffend das Verhalten des Beklagten gegenüber einer Mehrheit von Anfechtungsklagen.

116. *Loi* (du Grand Conseil du canton de Genève) *modifiant l'art. 463 de la loi de procédure civile du 15 juin 1891 en ce qui concerne la publicité de l'interdiction des aliénés.* Du 12 février. (Rec. des Lois, LXXXII p. 218 s.)

Der Art. 463 erhält den Zusatz, dass wenn der Interdizierte in einer Irrenanstalt untergebracht ist, die Publikation der Interdiktion bis zu dessen Entlassung verschoben werden kann. Erfolgt sie aber in den gesetzlichen Fristen nicht, so ist die Interdiktion nichtig.

117. *Reglement* (des Reg.-Rats des Kantons Zürich) *betreffend die Inanspruchnahme der von den Börsenagenten und Börsensensalen bei der Finanzdirektion des Kantons Zürich hinterlegten Realkautionen.* Vom 4. Dezember. (Off. G. S., XXIV S. 298 ff.)

Die Realkaution der Börsenagenten und Börsensensale kann in Anspruch genommen werden von jedem, der auf Grund des Gesetzes und der Statuten, Reglemente und Usancen des Effektenbörsenvereins Zürich Geschäfte in Wertpapieren mit einem Börsenagenten oder Börsensensal abgeschlossen hat und nicht pünktlich befriedigt worden ist (ausser Geschäften, die auf länger als $1^1/_2$ Monate abgeschlossen worden). Verjährung des Anspruchs auf die Kaution nach Ablauf

von 30 Tagen. Erkennt der Börsenvorstand den Anspruch als begründet an, so setzt er dem Schuldner eine Frist von längstens 3 Tagen, nach deren Ablauf Suspension des Börsenagenten oder Börsensensals durch die Direktion des Innern, dann Auskündung zur Geltendmachung anderer anspruchsberechtigter Forderungen und Kollokation derselben in gleichen Rechten. Gegen die Kollokation ist Rekurs an das in § 23 der Statuten des Effektenbörsenvereins Zürich vorgesehene Schiedsgericht zulässig.

118. *Loi* (du Grand Conseil du canton de Vaud) *complétant la loi du 16 mai 1891 concernant la mise en vigueur dans le canton de Vaud de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.* Du 9 mai. (Rec. des Lois, XCIII p. 85 ss.)

Gegen gerichtliche Entscheide in Betreibungs- und Konkurssachen wird, falls sie gegen den nicht erschienenen Beklagten in Kontumazweise ergangen sind, dem Beklagten binnen drei Tagen von Zustellung des Urteils an eine demande en relief zugelassen.

119. *Beschluss* (des Reg.-Rats des Kantons Uri) *betreffend Pfändung von Liegenschaften.* Vom 31. Oktober. (Amtsbl. Nr. 46.)

Gestützt auf Art. 91 des B.-G. über Schuldbetreibung und Konkurs: „Bei Pfändung von Liegenschaften soll der Betreibungsbeamte vorerst vom Schuldner über die hierauf haftenden Schuldtitel Auskunft verlangen und letzterer ist pflichtig zur ungesäumten Beibringung einer bezüglichen Bescheinigung oder eines Hypothekarauszuges der Hypothekarkanzlei mit jüngstem Datum. Ist ein solcher Akt vom Schuldner nicht erhältlich, so steht dem Betreibungsamt das Recht zu, bei der Hypothekarkanzlei die nötige Auskunft zu verlangen. Die Hypothekarkanzlei darf aber nur über jene Liegenschaften Auskunft erteilen, für welche der angegebene Schuldner als Eigentümer im Hypothekenbuche eingetragen ist."

IV. Strafrecht.

120. *Gesetz* (des Kantonsrats des Kantons Schwyz) *über Errichtung einer Zwangsarbeitsanstalt für den Kanton Schwyz.* Vom 7. August. (Amtsbl. Nr. 37.)

Für die Aufnahme arbeitsfähiger, jedoch arbeitsscheuer und liederlicher Personen über 16 Jahre bestimmt. Aufnahme auf die Dauer von zwei Monaten bis ein Jahr. Kostgeld von den Angehörigen oder der Gemeinde zu entrichten, von letzterer bis auf höchstens Fr. 150 im Jahre.

121. *Loi* (du Grand Conseil du canton de Vaud) *modifiant les articles 195, 197, 198, 199 et 200 du Code pénal.* Du 20 novembre. (Rec. des Lois, XCIII p. 315 ss.)

Ergänzung der Bestimmungen über Sittlichkeitsvergehen. Oeffentliches Anstossgeben gegen die Sittlichkeit wird bestraft bis zu 300 Fr. oder sechs Monaten Gefängnis. Oeffentliches und gewohnheitsmässiges Aufsuchen unsittlicher Handlungen durch Frauenspersonen: Gefängnis bis auf sechs Monate oder Unterbringung in einer Arbeitsanstalt auf sechs Monate bis zu drei Jahren, nebst Stillstellung in den bürgerlichen Rechten und Entzug der elterlichen Gewalt auf höchstens fünf Jahre. Teilnahme oder Begünstigung der débauche andrer: Geldbusse bis auf 1000 Fr. und Gefängnis bis drei Jahre; Verdoppelung, wenn der Betreffende Ascendent, Ehemann, Vormund, Lehrherr oder sonst mit der Aufsicht über den Ausüber der von ihm benutzten oder begünstigten Unsittlichkeit betraut ist; ausserdem Entzug der bürgerlichen Rechte und der väterlichen Gewalt bis auf fünf Jahre und nach Ermessen des Gerichts Interdiktion bis auf 10 Jahre für Wirtschaftsbetrieb und dergl. — Notzucht: Gefängnis bis auf acht Jahre. Der Notzucht steht gleich der geschlechtliche Umgang mit Frauenspersonen, die Idioten oder in einen Zustand von Bewusstlosigkeit versetzt worden sind, dann aber Maximum der Strafe sechs Jahre Gefängnis. — Attentat à la pudeur commis avec violence contre une personne de l'un ou de l'autre sexe: Gefängnis bis auf sechs Jahre.

122. *Regierungsbeschluss* (des Reg.-Rats des Kantons Aargau) *betreffend das Schiessen mit Flobertgewehren auf Tiere.* Vom 2. Oktober. (G. S., N. F. IV S. 312.)

Wird als Tierquälerei unter die Strafe des Gesetzes über Tierquälerei vom 23. November 1851 gestellt.

123. *Nouvelle publication* (du Conseil d'Etat du canton de Genève) *de la loi du 22 juin 1892 abrogeant l'article 279 du Code pénal.* Du 8 avril. (Rec. des Lois, LXXXII p. 363 ss.)

Der Staatsanwalt machte darauf aufmerksam, dass in dem Gesetze vom 22. Juni 1892 (diese Zeitsch. N. F. XII S. 419 Nr. 234) aus Irrtum der Art. 279 des Strafgesetzes weggefallen sei. Er wird hier wiederhergestellt.

124. *Grossratsbeschluss* (des Kantons Baselstadt) *betreffend einen Zusatz zum Polizeistrafgesetz.* (*Ordnungsmässige Führung von Firmen.*) Vom 9. Juli. (G. S., XXIII. Kantonsbl. II Nr. 4.)

Der Zusatz, § 158[a], lautet: Mit Geldbusse oder Haft wird bestraft, wer im Geschäftsverkehr, insbesondere bei Publikationen irgend einer Art (Inserate, Reklamen, Prospekte, Geschäftsschilde, Briefe, Zirkulare und dergleichen) nicht seine im Handelsregister eingetragene Firma in deutlich erkennbarer Weise gebraucht.

Als Veranlassung zu diesem Zusatz giebt der Ratschlag an, dass oft Inserate von Geschäftshäusern nicht unter Gebrauch der im Handelsregister eingetragenen Firma, sondern mit einer bloss

die Natur des Geschäfts bezeichnenden Unterschrift in den Zeitungen erscheinen, und zwar offensichtlich zu Zwecken einer Reklame, die geeignet sei das Publikum zu täuschen.

125. *Beschluss* (des Reg.-Rats des Kantons Baselstadt) *betreffend die Versammlungen der Heilsarmee.* Vom 12. September. (G. S., XXIII. Kantonsbl. II Nr. 23.)

Durch diesen Beschluss wird der vom 12. Januar 1889, der etwas strenger war, aufgehoben. Der neue fordert polizeiliche Bewilligung für Benützung der Versammlungslokale und für Versammlungen im Freien, verbietet öffentliche Prozessionen, sowie Versammlungen für Kinder in schulpflichtigem Alter oder Zulassung solcher zu den gewöhnlichen Versammlungen ohne ausdrückliche Einwilligung ihrer Eltern oder Pfleger, und verlangt von den Leitern solcher Versammlungen Niederlassung oder Aufenthaltsbewilligung im hiesigen Kanton.

126. *Beschluss* (der Landsgemeinde des Kantons Glarus) *betreffend unberechtigte Stimmabgabe an der Landsgemeinde.* Vom 10. Mai. (Landsbuch IV S. 4.)

Busse von 5—20 Fr., wovon dem Kläger die Hälfte zukommt.

127. *Loi* (du Grand Conseil du canton du Valais) *sur la Police sanitaire.* Du 27 novembre. (Bull. off. Nr. 8.)

V. Rechtsorganisation

(inbegriffen Besoldungen und Sporteln.)

128. *Beschluss* (des Kantonsrats des Kantons Zürich) *betreffend Feststellung der Zahl der von den Wahlkreisen zu wählenden Mitglieder des Kantonsrates.* Vom 17. Februar. (Off. G. S., XXIV S. 77 ff.)

Auf Grundlage der Verfassungsgesetze von 1878 und 1894.

129. *Beschluss* (der Landsgemeinde des Kantons Uri) *betreffend die geheime Abstimmung in den Gemeinden.* Vom 3. Mai. (G. S., V S. 220 f.)

Den Gemeinden bleibt überlassen, auch die geheime Abstimmung für alle Wahlen und sonstigen Geschäfte zur Anwendung zu bringen, sei es grundsätzlich oder im einzelnen Fall durch Mehrheitsbeschluss. Diese Bestimmung ist ein Zusatz zu Art. 19 der Kantonsverfassung, daher von der Bundesversammlung am 17. Juni garantiert.

130. *Loi électorale* (du Grand Conseil du canton de Fribourg) *modifiant quelques dispositions de la loi du 22 mai 1861 pour la nomination des députés au Grand Conseil, et de la loi*

sur les communes et paroisses, du 19 mai 1894. Du 13 mai. (Bull. off. des Lois, LXV p. 69 ss.)

Es handelt sich nur um einige formelle Aenderungen betreffend Aufstellung und Abschluss der Register der Stimmberechtigten sowie Reklamationen dagegen.

131. *Loi* (du Grand Conseil du canton du Valais) *sur l'organisation judiciaire.* Du 30 mai. (Bull. off., No. 35.)

Die Civilgerichtsbarkeit wird ausgeübt durch die Gemeinderichter, die Einleitungsrichter (juges-instructeurs), die Kreisgerichte, den Appellations- und Kassationsgerichtshof und den Gerichtshof für Kompetenzkonflikte; die Strafgerichtsbarkeit durch die Polizeigerichte, die Einleitungsrichter, die Kreisgerichte und den Appellationsgerichtshof. In jeder Gemeinde besteht ein Polizeigericht, gebildet aus dem Gemeinderate oder einem Ausschuss desselben von drei Mitgliedern. Gemeinderichter sind in jeder Gemeinde ein vom Volk gewählter Richter und Richterstatthalter. Jeder Bezirk hat einen Einleitungsrichter mit einem, resp. zwei Stellvertretern. Das Appellationsgericht wählt sie. Es bestehen vier Kreisgerichte für Civil-, korrektionelle und Kriminalsachen (1. Goms bis Brig, 2. Visp bis Leuk, 3. Siders bis Conthey, 4. Entremont und Martigny abwärts). Diese Gerichte bestehen aus dem Einleitungsrichter des Bezirks, worin der Handel anhängig ist, und den Einleitungsrichtern aus zwei andern Bezirken desselben Kreises. Der erstere ist Präsident. Der App.- und Cass.-Hof besteht aus sieben Richtern und vier Suppleanten, der Grosse Rat wählt und beeidigt sie. Der Gerichtshof für Kompetenzkonflikte ist durch das Gesetz vom 25. Mai 1877 organisiert. Jedes Gericht hat einen „Berichtsteller" (rapporteur) als Vertreter des öffentlichen Amts, der an der Ausübung der richterlichen Gewalt Teil nimmt. Den des Appellationshofes ernennt der Grosse Rat, die der Kreisgerichte der Staatsrat.

Civilgerichtsbarkeit. Die Gemeinderichter (Friedensrichter) versuchen zunächst die Vermittlung der Parteien in Civil- und Privatinjuriensachen, urteilen als einzige Instanz über alle Civilklagen bis auf einen Wert von 50 Fr. und haben die Erbschaftsinventarisationen und dgl. zu besorgen. Die Einleitungsrichter instruieren die Civilhändel und entscheiden in letzter Instanz in Sachen, deren Wert über 50 bis auf 200 Fr. beträgt, sowie über Rekurse gegen Urteile der Gemeinderichter wegen Nichtigkeit und offenbarer Gesetzesverletzung. Die Kreisgerichte erkennen endgültig über Rechtshändel zwischen 200 und 500 Fr. Der Appell.- und Cassationshof entscheidet über appellierte Urteile der Kreisgerichte, deren streitiger Wert 500 Fr. übersteigt, und über alle Nichtigkeitsbeschwerden gegen Urteile der Einleitungsrichter und der Kreisgerichte. Er hat die Aufsicht über die untern Gerichte und die Disziplinarbestrafung auch der Advokaten.

Strafgerichtsbarkeit. Die Polizeigerichte erkennen über die Polizeiübertretungen (Buch II des Strafges.) in summarischem Verfahren. Die Einleitungsrichter urteilen nach Anhörung des Staatsanwaltes über Privatinjurien, Diebstähle bis auf 30 Fr. und Thätlichkeiten, welche höchstens zehn Tage Arbeitsunfähigkeit zur Folge gehabt haben (Berufung an das Kreisgericht vorbehalten), ebenfalls summarisch. Die Kreisgerichte urteilen als erste Instanz in allen übrigen Verbrechen nach öffentlichem Verfahren; der Appellhof über die appellierten Sachen.

Alle Gerichte haben einen Notar als Gerichtsschreiber. Zu diesem Gesetze gehört noch

132. *Règlement* (du Conseil d'Etat du canton du Valais) *concernant l'exécution de la loi du 30 mai 1896 sur l'organisation judiciaire.* Approuvé par le Grand Conseil le 27 novembre. (Bull. off. des Lois, Nr. 52.)

Bestimmungen über Zahl, Ort und Zeit der Sitzungen der Gerichte, Verwahrung und Protokollierung der Akten, deren Uebermittlung an den Appellhof in appellierten Sachen und sonst Einzelheiten.

133. *Loi* (du Grand Conseil du canton de Fribourg) *relative aux contestations concernant les brevets d'invention et la protection des marques de fabrique et de commerce.* Du 9 mai. (Bull. off. des Lois, LXV p. 63 s.)

Die civilrechtlichen Streitigkeiten betreffend Anwendung der eidgenössischen Gesetzgebung über Erfindungspatente und Fabrik- und Handelsmarken werden vom Kantonsgerichte als einziger kantonaler Instanz behandelt.

134. *Verordnung* (des Grossen Rats des Kantons Graubünden) *über den Gerichtsstand für Civil- und Strafklagen auf Grund des Bundesgesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der Litteratur und Kunst vom 23. April 1883 und für Civilklagen auf Grund der Bundesgesetze betreffend die Erfindungspatente vom 29. Juni 1888, betreffend die gewerblichen Muster und Modelle vom 21. Dezember 1888, und betreffend den Schutz von Fabrik- und Handelsmarken vom 26. September 1890.* Vom 6. Juni. (Absch. des Grossen Rats vom 6. Juni, S. 44 f.)

Zuständigkeit des Kantonsgerichts betreffend die drei letzteren Bundesgesetze, mit Ausschluss jeglicher Entscheidungsbefugnis des Vermittlers. Für Civilklagen wegen Urheberrechtsverletzung bestimmt sich die Zuständigkeit nach der Civilprozessordnung, Strafklagen wegen solcher kommen vor die Kreisgerichte und der Bussenertrag fällt in die Kreiskasse.

135. *Decreto legislativo* (del Gran Cons. del cantone del Ticino) *circa il Tribunale distrettuale di Lugano.* Del 8 maggio. (Boll. off. delle Leggi, N. S. XXII p. 19.)

Aufhebung des Dekrets vom 25. Mai 1894, wonach das Distriktsgericht von Lugano in zwei Kammern geteilt worden war. Damit ist Erhöhung der Besoldungen des Gerichtspräsidenten um Fr. 400 und der Richter um Fr. 200 verbunden.

136. *Decreto legislativo* (del Gran Cons. del cantone del Ticino) *circa modificazione dell' art. 27, legge sull' organizzazione giudiziaria in materia penale.* Del 27 maggio. (Boll. off. delle Leggi, N. S. XXII p. 27 s.)

Am 15. jedes Monats nimmt der Bezirksgerichtspräsident die Auslosung der 16 Geschwornen für die Bezirksassisen des nächstfolgenden Monats vor.

---

137. *Loi* (du Grand Conseil du canton de Vaud) *modifiant les articles 28 et 32 de la loi du 18 mai 1876 sur les attributions et la compétence des autorités communales.* Du 27 août. (Rec. des Lois, XCIII p. 175 ss.)

Strafkompetenz der Gemeindebehörden bis auf 10 Fr. für jeden einzelnen Fall und jeden Uebertreter betreffend Zuwiderhandlungen gegen polizeiliche Reglemente dieser Behörden. Im Rückfalle bis auf 18 Fr. Diese Kompetenz kann die Gemeinde, falls ihre Bevölkerung 3000 Seelen übersteigt, einem Mitglied oder drei Mitgliedern ihrer Behörde delegieren; Gemeinden über 5000 Seelen können die Bussen durch einen Polizeibeamten aussprechen lassen, mit Rekursrecht an die Behörde oder den Ausschuss. Der nicht erscheinende Angeklagte wird schriftlich von der über ihn verhängten Busse benachrichtigt.

138. *Abänderung* (der Landsgemeinde des Kantons Glarus) *der §§ 12 und 17 der Strafprozessordnung.* Vom 10. Mai. (Landsbuch IV S. 268.)

Das Verhöramt besteht aus einem Verhörrichter und einem Verhörschreiber; ersterer wird von der Landsgemeinde, letzterer vom Landrate auf die Dauer von drei Jahren gewählt. Die Landsgemeinde wählt ferner mit Amtsdauer von drei Jahren einen Staatsanwalt, dessen Entschädigung der Landrat festsetzt.

139. *Abänderung* (der Landsgemeinde des Kantons Glarus) *von § 35 Ziffer 8 der Kantonsverfassung.* Vom 10. Mai. (Landsbuch IV S. 3.)

Wahl des Verhörrichters und des Staatsanwalts durch die Landsgemeinde.

140. *Reglement* (des Obergerichts des Kantons Glarus) *für die Gerichtskanzlei des Kantons Glarus.* Vom 20. August. (Landsbuch IV S. 265 ff)

141. *Arrêté* (du Conseil d'Etat du canton de Vaud) *abrogeant et remplaçant l'art. 9 de l'arrêté du 20 juin 1861 con-*

cernant les examens à subir par les candidats au notariat. Du 7 février. (Rec. des Lois, XCIII p. 28 s.)

Betrifft die den Leistungen der Kandidaten zu erteilenden Nummern.

142. *Loi* (du Grand Conseil du Canton du Valais) *sur le notariat.* Du 4 mars. (Bull. off. des Lois, Nr. 28.)

Zweck des Gesetzes ist Erhöhung der Garantien, die ein acte authentique gewähren soll. Das Notariat ist ein öffentlicher Dienst, unvereinbar mit Regierungsrats- und Gerichtsmitgliederschaft, Hypothekenbuchverwalter- und Betreibungsbeamtenstellen; Bewerber müssen während zwei Jahren die Rechtsschule des Kantons besucht oder einen gleichwertigen Kurs an einer Universität durchgemacht und das Examen vor der kantonalen Kommission für Prüfung der Anwaltskandidaten bestanden haben. Mehr als 48 Notare für den ganzen Kanton werden nicht zugelassen. Art. 24—34 geben den Notaren nähere Weisungen über ihre Pflichten. Sie sind civilrechtlich haftbar für Fehler und Nachlässigkeiten in ihrer Geschäftsführung. Wissentliche Mitwirkung bei unerlaubten Akten macht sie zu strafbaren Komplizen und gleich dem Hauptthäter schadenersatzpflichtig. Jeder Notar muss eine Kaution von 3000 bis 10,000 Fr. leisten. Art. 45 ff. geben spezielle Vorschriften für die Form der Notariatsakte, auch die Qualitäten der dazu beizuziehenden Solemnitätszeugen. Die Notare behalten von jedem Akt, den sie errichten, die erste Ausfertigung, die von den Parteien unterzeichnet ist, in ihrer Verwahrung und geben den Parteien Kopien. Nach ihrem Tode sind diese Akten in öffentliche Verwahrung zu nehmen. Das Justizdepartement hat die Oberaufsicht über die Notare und lässt ihre Büreaux und Akten jährlich durch die Inspecteurs des minutes (drei für den Kanton) inspizieren. Nachlässigkeit wird mit Busse von 10 bis 300 Fr. bestraft, grobe Fahrlässigkeit und Rückfall mit Suspension, nach zwei Rückfällen mit Absetzung; diese Strafen verhängt auf dem Disziplinarwege der Staatsrat; ausserdem strafrichterliche Verfolgung bei Verbrechen.

143. *Tarif* (du Conseil d'Etat du canton du Valais) *des émoluments des notaires.* Du 5 décembre. (Bull. off. des Lois 1897, Nr. 1.)

Unterschieden werden die Honorare (nicht unter 2 Fr.) für Ausfertigung von Akten und die frais d'expédition des actes; die ersteren werden proportional zur stipulierten Summe bestimmt, die letzteren sind fixe Gebühren.

144. *Regierungsratsbeschluss* (des Kantons Basellandschaft) *betreffend Erweiterung der Obliegenheiten des Strafanstaltdirektors.* Vom 4. November. (Amtsbl. II Nr. 19.)

Der Direktor soll dafür besorgt sein, dass Gefangene und

Zwangsarbeiter, bei denen dies notwendig erscheint, bei ihrer Entlassung womöglich angemessene Beschäftigung finden.

145. *Loi* (du Grand Conseil du canton de Vaud) *sur la police de sûreté.* Du 19 novembre. (Rec. des Lois, XCIII p. 295 ss.)

Als Bestandteil der Polizei wird ein Sicherheitspolizeikorps gebildet, bestehend aus einem Chef, Unterchef und höchstens 20 agents. Es steht unter dem Justiz- und Polizeidepartement und übt die gerichtliche Polizei gemäss Strafprozessgesetz aus, hat also die Verbrechen, deren Indizien und Urheber zu ermitteln, Verbrecher auf handhafter That betroffen zu arretieren und dem Friedensrichter, bezw. Regierungsstatthalter zuzuführen, Häuser, in denen ein Verbrechen oder grobe Unordnung verübt wird, behufs Abhilfe zu betreten, verdächtige Wirtschaften zu durchsuchen, auf ausgeschriebene Verbrecher zu fahnden, sonst aber ohne förmlichen Befehl der kompetenten Behörde keine Arrestation oder Haussuchung vorzunehmen. Besoldung des Chefs Fr. 2800—3600, des Unterchefs Fr. 2000—3200, eines Agenten Fr. 1800—3000, Dienstauslagen extra. Pensionierung bei Dienstuntauglichkeit infolge körperlicher Verletzungen, die sie bei Ausübung ihres Dienstes erlitten haben, auch der Witwe und der Kinder bis zum 16. Altersjahr im Fall ihrer Tötung. Dann noch Vorschriften über die Disziplin und Disziplinarstrafen.

146. *Règlement* (du Conseil d'Etat du canton du Valais) *pour le corps de la gendarmerie.* Du 21 janvier. Approuvé par le Grand-Conseil le 21 mai. (Bull. off., Nr. 39 et 40.)

Handelt von der militärischen Organisation und Ausrüstung, den Obliegenheiten und dem Verhalten der Gendarmen bei Arrestationen und sonst, und deren Disziplinarstrafen.

147. *Loi* (du Grand Conseil du canton de Genève) *abrogeant la loi du 19 octobre 1895 sur l'organisation des Corps de Police et introduisant une nouvelle disposition transitoire à la loi du 29 juin 1892 sur le même objet.* Du 6 mai. (Rec. des Lois, LXXXII p. 397 s.)

148. *Circulaire* (du Conseil d'Etat du canton de Vaud) *concernant la tenue du registre du commerce.* Du 4 avril. (Rec. des Lois, XCIII p. 56 ss.)

Bringt den Gemeindebehörden das Kreisschreiben des Bundesrats vom 6. März 1896 zur Kenntnis, worin behufs möglichster Genauigkeit des Handelsregisters als notwendig erklärt wird die Kontrollierung der Einträge im Handelsamtsblatt durch die Gemeindevorstände.

149. *Reglement* (des Reg.-Rats des Kantons Uri) *für den Kantonsförster.* Vom 11. Januar. (G. S., V S. 208 ff.)

150. *Beschluss* (des Kantonsrats des Kantons Zug) *betreffend Anstellung eines Sekretärs für die Hypothekar- und Servitutenbereinigung.* Vom 11. Juni. (S. d. G., VII Nr. 70, S. 437 ff.)

Dazu:

151. *Reglement* (des Reg.-Rats des Kantons Zug) *für den Sekretär der Hypothekar- und Servitutenbereinigung.* Vom 24. Juni. (Bes. gedr.)

152. *Arrêté* (du Conseil d'Etat du canton de Vaud) *complétant le règlement d'examens du 2 février 1894 pour les aspirants au brevet de géomètre.* Du 21 janvier. (Rec. des Lois, XCIII p. 19 s.)

Präzisierung der Examenarbeiten.

153. *Ordinanza esecutiva* (del Cons. di Stato del cantone del Ticino) *sui pesi e sulle misure.* Del 4 maggio. Approvata dal Cons. féd. 19 giugno. (Boll. off. delle Leggi, N. S. XXII p. 33 ss.)

Betrifft die Aufsichtsbehörden (Finanzdepartement mit 5 verificatori di Circondario) und enthält eine Amtsordnung für die verificatori.

154. *Decreto legislativo* (del Gran Cons. del cantone del Ticino) *circa l'Autorità superiore di vigilanza in materia di Esecuzione e Fallimento.* Del 12 maggio. (Boll. off. delle Leggi, N. S. XXII p. 23 ss.)

In Abänderung des kantonalen Einführungsgesetzes zum B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs vom 27. Mai 1891 wird die Aufsicht über die Betreibungs- und Konkursämter in jedem Bezirk dem Bezirksgerichtspräsidenten übertragen, und die Oberaufsicht für den ganzen Kanton einer Sektion des Appellationsgerichts von drei Mitgliedern, die der Grosse Rat wählt, und die dafür ein Honorar von Fr. 500 jährlich erhalten.

---

155. *Gesetz* (des Kantonsrats des Kantons Zürich) *betreffend die Bezirkshauptorte.* Vom 30. März. Angenommen in der Volksabstimmung vom 31. Mai. (Off. G. S., XXIV S. 200 f.)

Nach bisherigem Gesetze ist der Staatsbeitrag an die Bezirkshauptorte für Herstellung der nötigen Räumlichkeiten der Bezirksbehörden und der Gefängnislokalitäten im Maximum auf 20,000 Fr. angesetzt gewesen. Diese Summe ist zu klein geworden für die Bedürfnisse der Stadt Zürich, es wird daher das Maximum gestrichen und als Massstab bloss die $4^1/_2$ % vom Assekuranzwert der Gebäulichkeiten (nunmehr ohne die Grenze der 20,000 Fr.) beibehalten.

156. *Gesetz* (des Kantonsrats des Kantons Zürich) *betreffend die Amtskautionen.* Vom 30. März. Angenommen in der Volksabstimmung vom 31. Mai. (Off. G. S., XXIV S. 202 ff.)

Bisher wurde die Amtskaution der Beamten oder Angestellten des Staats oder der Gemeindeammänner nach Ablauf von spätestens zwei Jahren seit Rücktritt oder Tod des Beamten zurückgegeben. Nach dem neuen Gesetze soll die Rückgabe erfolgen, wenn in zwei Jahren nach Ablauf der Amtsthätigkeit bezw. des Anstellungsverhältnisses, für welche die Kaution bestellt worden war, keine Schadenersatzansprüche geltend gemacht worden sind, doch jedenfalls nicht vor der definitiven Genehmigung der betreffenden Rechnungen. Ferner hat das Gesetz die Neuerung, dass eine Bürgschaft angenommen werden darf, wenn sie von einer durch den Regierungsrat anerkannten Amtsbürgschaftsgenossenschaft geleistet wird, und dass die Höhe der Kautionen von den Behörden festzusetzen ist (statt wie bisher durch Gesetze, Verordnungen und dergl.). Die Bürgen haften solidarisch und als Selbstzahler. Hiezu ein

157. *Beschluss* (des Reg.-Rats des Kantons Zürich) *betreffend Ausführung der §§ 2 und 6 des Gesetzes vom 31. Mai 1896 betreffend die Amtskautionen.* Vom 24. August. (Off. G. S., XXIV S. 289 ff.)

Zählt die Beamten auf, die zur Leistung von Amtskautionen verpflichtet sind, mit Angabe der Höhe der Kaution. Ferner:

158. *Verordnung* (des Reg.-Rats des Kantons Zürich) *zum Gesetz betreffend die Amtskautionen.* Vom 4. Dezember. (Off. G. S., XXIV S. 303 ff.)

Amtskautionen entweder durch Hinterlage solider Wertschriften oder durch habhafte Personen oder durch eine staatlich genehmigte Amtsbürgschaftsgenossenschaft. Für diese Verbürgungen stellt die Verordnung bestimmte Formulare auf.

159. *Beschluss* (des Reg.-Rats des Kantons Uri) *betreffend die Aufbewahrung der von den einzelnen Verwaltungszweigen des Kantons zu verrechnenden Geldbezüge und der deponierten Gelder.* Vom 8. Februar. (G. S., V S. 215 f.)

160. *Gesetz* (des Kantonsrats des Kantons Zug) *über Besoldung der kantonalen Behörden, Beamten und Angestellten.* Vom 30. März. (S. d. G., VII Nr. 69, S. 421 ff.)

Hier die Richterbesoldungen: Kantons- und Strafgerichts-Präsident Jahrgehalt 1200 Fr., Vizepräsident 100 Fr., Präsident und Richter Taggelder für Sitzungen Fr. 8 und Entschädigung für Aktenstudium und schriftliche Arbeiten je nach den Umständen. Obergericht bloss Taggelder und Entschädigung für Aktenstudium. Gerichtskanzlei: Gerichtschreiber 2600 Fr., Substitut 2200 Fr. Verhörrichter 400 Fr. fix und Taxen. Staatsanwalt ebenso.

161. *Decreto legislativo* (del Gran Cons. del cantone del Ticino) *in punto a indennità di trasferta ai Giudici del Tribunale di Appello.* Del 9 maggio. (Boll. off. delle Leggi, N. S. XXII p. 30 s.)

Reiseentschädigung für die nicht am Sitze des Appellationsgerichts domizilierten Richter.

162. *Decreto legislativo* (del Gran Cons. del cantone del Ticino) *circa la tariffa giudiziaria penale.* Del 26 maggio. (Boll. off. delle Leggi, N. S. XXII p. 45 ss.)

Setzt die Diäten und Reiseentschädigungen der Friedensrichter, der Geschworenen und der Mitglieder der Kriminalkammer, die Zeugengebühren, die Expertenvergütungen, die Honorare der Offizialverteidiger, die Gerichts- und Weibelgebühren fest.

163. *Kantonsratsbeschluss* (des Kantons Unterwalden ob dem Wald) *betreffend die Besoldung der Konkurs- und Betreibungsbeamten.* Vom 14. März. (Ges. und Verordn., VI S. 131 f.)

Der Höchstbetrag des vom Staate zu leistenden Zuschusses an die Besoldung der genannten Beamten wird von Fr. 200 auf 300 erhöht.

164. *Arrêté* (du Conseil d'Etat du canton de Vaud) *concernant le traitement et les émoluments des officiers d'état civil.* Du 29 décembre. (Rec. des Lois, XCIII p. 531 ss.)

Die Besoldung der Civilstandsbeamten besteht teils in einer kleinen fixen Summe, verschieden nach der Seelenzahl des Civilstandskreises (50—150 Fr.), teils in Gebühren, die sie für jede Eintragung von der Staatskasse, der Gemeindekasse und den interessierten Privatpersonen beziehen. Vom 1. Januar 1898 sollen die Civilstandsbeamten eine fixe Besoldung erhalten und die von dem Publikum zu zahlenden Gebühren in die Staatskasse fallen.

165. *Beschluss* (des Kantonsrats des Kantons Schwyz) *betreffend die Besoldung des Landjägerkorps.* Vom 1. Dezember. (Amtsbl. Nr. 51.)

Tagessold des Chefs Fr. 4. 30, des Unteroffiziers Fr. 3. 80, des Gemeinen Fr. 3. 30. An Tüchtige Zulagen bis auf 100 Fr. jährlich.

166. *Arrêté* (du Conseil d'Etat du canton de Vaud) *modifiant l'article 180 du tarif judiciaire du 2 septembre 1887.* Du 26 décembre. (Rec. des Lois, XCIII p. 528 s.)

Der Art. 180 erhält den Zusatz, dass die in Strafverurteilungen gesprochene Urteilsgebühr für den Staat nicht höher als das Viertel der ausgesprochenen Busse sein soll.

Uebersicht

der

Litteratur über schweizerisches Recht

vom Jahre 1896.

I. Rechtsgesetzgebung überhaupt

(Gesetzesausgaben).

1. Heusler, A. Schweizerische Rechtsgesetzgebung des Jahres 1895. In dieser Zeitschrift N. F. XV.

2. Die Strafgesetzgebung des Bundes und der Kantone. Jahresbericht für 1892 bis 1895. In der schweiz. Zeitschr. für Strafr. IX.

3. Gautier, A. La législation pénale de la Suisse de 1892 à 1895. In den Mitteilungen der kriminal. internat. Vereinigung Bd. VI Heft 1.

4. Die Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft herausgeg. v. E. Zeyss. Leipzig, Philipp Reclam jun.

5. Recueil général de la législation et des traités concernant la propriété industrielle. Berne.

6. Garrelts, F. Die Gesetzgebung der Schweizerkantone Bern, St. Gallen und Basel betreffend eine Versicherung der Arbeitslosigkeit, in chronologischer und systematischer Reihenfolge tabellarisch zusammengestellt. Göttingen, Dietrich's Sort.

7. Wirth, A. Sammlung der bernischen Strafgesetze und der gebräuchlichsten eidgenössischen und kantonalen Polizeiverordnungen bis 1896. Bern, Selbstverl. d. Verf.

8. Stooss, K. Strafgesetzbuch für den Kanton Bern vom 30. Januar 1866 nebst einer Sammlung bernischer und eidgenössischer Strafgesetze. Textausgabe mit Anmerkungen. Bern, F. Semminger.

9. (Bossard und Weibel.) Sammlung der Luzerner Civil- und Civilprozessgesetze in Verbindung mit den gebräuchlichsten Bundesgesetzen besonders über das Obligationen-, das Betreibungs- und Konkursrecht. 2. Aufl. bearbeitet von Dr. J. L. Weibel. Luzern, A. Gebhardt.

10. Fässler, C. Artikelweise Zusammenstellung der wichtigsten Entscheide des Bundesrates, der kantonalen Aufsichtsbehör-

den, der Bundes- und der Kantonsgerichte von [illegible]—[illegible] als Anhang seiner praktischen, kurzgefassten und gemeinverständlichen Anleitung zur Handhabung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs. St. Gallen. A. [illegible]

---

11. Hilty. Advokat. Das Rechtsleben der Schweiz. In der Deutschen Juristenzeitung herausgeg. von Laband u. a. Jahrg I. S. [illegible] ff.

12. Soldan. Ch. Le Code fédéral des obligations et le droit cantonal. Lausanne. Ch. Viret-Genton.

In Recueil publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion de l'Exposition nationale suisse. Genève 1896.

13. Recherche de la paternité. Droit de l'enfant naturel. Publié par la section des Dames de la Fédération pour le relèvement moral à la Chaux-de-Fonds. La Chaux-de-Fonds. Impr. A. Courvoisier.

14. Lienhard. H. Die Grundlagen einer schweizerischen Gesetzgebung über das Grundbuchrecht. Referat für den schweiz. Juristentag 1896. In den Verhandlungen u. s. w. unten Nr. 140.

15. Gampert. A. Des bases d'une législation suisse sur les Registres fonciers. Rapport présenté à la Soc. des jur. suisses 1896. In den Verhandlungen u. s. w. unten Nr. 140.

Italienische Uebersetzung im Repertorio di giurispr.

16. Ehrlich. E. Der schweizerische Erbrechtsentwurf. Im Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik. IX. Berlin, C. Heymann.

17. Schnetzler. A. La loi fédérale sur la garantie des défauts dans le commerce des bestiaux. Extrait de la Chronique agricole et vinicole du canton de Vaud, supplément d'août 1896. Lausanne.

18. Rölli. H. Der Entwurf zu einem Bundesgesetze über den Versicherungsvertrag nebst Motiven. Leipzig, Hirschfeld.

19. Lachou. Révision du traité Franco-Suisse du 15 juin 1869. Im Annuaire de législation (unten Nr. 143) S. 476 ff.

II. Oeffentliches Recht

(besonders Bundesrecht).

20. Le Fur, L. Etat fédéral et confédération d'états. Paris, Marchal et Billard.

Nimmt vielfach auf die Schweiz Bezug.

21. Droz, N. La démocratie fédérative et le socialisme d'état. Conférence. Genève, Ch. Eggimann & Cie.

22. Berney, J. L'initiative populaire et la législation fédérale. Im Recueil etc. s. Nr. 12.

23. Signorel. Etude de législation comparée sur le Référendum législatif et les autres formes de participation directe des citoyens à l'exercice du pouvoir législatif. Paris, Arthur Rousseau.

24. Droz, N. La politique féderale en matière de banque, d'assurances et de chemins de fer. Conférence. La Chaux-de-Fonds, F. Zahn.

25. Berney, J. Les Constitutions cantonales de la Suisse et leur révision. In der Revue du droit public (dir. Larnould). Paris 1896. Nr. 5.

---

26. Zeerleder, A. Kirche und Recht. Privatrecht und soziales Recht. Zwei Vorträge. Bern, Goepper & Lehmann.

27. Zeerleder, A. Das Kirchenrecht des Kantons Bern. Eine summarische Darstellung. 3. umgearb. Aufl. Bern, K. J. Wyss.

28. Zeerleder, A. Rechtsgutachten dem Evangel.-reformierten Synodalrate des Kantons Bern erstattet. Bern, Stämpfli & Cie.

Betrifft die Unterscheidung der innern und äussern Angelegenheiten der Kirche nach § 47 Kirchenges. und insbesondere die Pflicht des Staates zu Leistungen an Pfarr- und Bezirkshelferstellen.

III. Civilrecht.

A. Bundescivilrecht.

Obligationenrecht.

29. Hafner, H. Das schweizerische Obligationenrecht mit Anmerkungen und Sachregister. Zweite ganz neu bearbeitete Aufl. 1. Hälfte. Zürich, Art. Inst. Orell Füssli.

30. Schneider, A. und Fick, H. Das schweizerische Obligationenrecht samt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen herausgegeben. Zweite revidierte und vermehrte Auflage der grösseren Ausgabe. Lief. 1 bis 9. Zürich, F. Schulthess.

31. v. Tuhr, A. Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrechte. In dieser Zeitschr. N F. XV.

32. Melliger, C. Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen nach dem gemeinen und schweizerischen Obligationenrecht. Zürcher Doktordissertation. Zürich, Zürcher & Furrer.

33. Curti, A. Unlauteres Geschäftsgebahren. Schwindelhafte Reklamen. Wanderlager. Ausverkäufe. Abzahlungsgeschäfte. Ein orientierendes Referat verfasst im Auftrage des Gewerbevereins Zürich. Zürich, E. Speidel.

34. Zeerleder, A. Verhältnis des § 18 des bern. Gesetzes über das Wirtschaftswesen etc. vom 15. Juli 1894 zu den Grundsätzen über concurrence déloyale. In der Zeitschr. d Bern. Jur.-Ver. XXXII.

35. Weiss, Th. Vaterschaftsklage und Art. 50 ff. O. R. In dieser Zeitschr. N. F. XV.

36. Affolter, A. Civile Deliktsfähigkeit juristischer Personen. In der Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver. XXXII.

37. Curti, A. Zur Reform des Arbeitsvertrags. Deutsches bürgerliches Gesetzbuch, schweizerisches Obligationenrecht, Motion Favon. In der schweiz. Zeitschr. f. Gemeinnützigkeit, 1896.

38. Knus, W. Die rechtliche Stellung der Informationsbüreaux. Zürcher Doktordissertation. Druck der N. Z. Z.

39. Rehfous, L. La responsabilité des transporteurs dans le transport des personnes. In der Semaine judiciaire p 97 ss.

40. Bermann, G. Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweizerischem Obligationenrecht. Zürcher Doktordissertation Zürich, Ed. Leemann.

41. Fragen aus dem Bürgschaftsrechte. In dieser Zeitschr. N. F. XV.

42. Hürlimann, G. Die Haftbarkeit der Erben für die Bürgschaftschulden des Erblassers nach schweizerischem Rechte historisch und de lege ferenda dargestellt. Vom schweiz. Juristenverein mit dem I. Preise gekrönte Arbeit. Basel, R. Reich. Auch als Berner Doktordissertation erschienen.

43. Gmür, M. Derselbe Titel wie Nr. 42 Vom schweiz. Juristenverein gekrönte Preisschrift. Basel, R. Reich.

44. Weisflog, J. H. Derselbe Titel wie Nr. 42. Von dem schweiz. Juristenverein mit dem II. Preise ausgezeichnete Arbeit. Basel, R. Reich. Auch als Zürcher Doktordissertation publiziert.

45. (Meili, F.) Rechtsgutachten i. S. Ernst Heidorn in Genf, Klägers, gegen die Erben des verstorbenen A. C. Wendt, Beklagte, betreffend Forderung aus Societät. Zürich, art. Inst. Orell Füssli.

46. Rechtliche Natur der Haftpflicht der Gründer einer Aktiengesellschaft gemäss Art. 671 Ziffer 3 O. R. (Urteil des Oberlandesgerichts zu München.) In dieser Zeitschr. N. F. XV.

47. Schnetzler, A. Le contrôle dans les sociétés anonymes (sociétés par actions). Etude comparative de droit allemand et de droit suisse. Im Recueil s. Nr. 12.

48. Rossel, V. Questions de droit civil fédéral. XXI. Du contrôle dans les sociétés anonymes Im Journal des tribunaux, XLIV p. 769 ss.

49. v. Salis, L. R. Aktienzeichnung und Aktienrückkauf (O. R. Art. 628, 636). Rechtsgutachten erstattet der Solothurnischen Kreditbank in Liquid. Basel, K. J. Wyss.

50. Burckhardt, W. Die rechtliche Natur der Personenverbände im schweizerischen Obligationenrechte. Berner Doktordissertation. Bern, Lack & Aeschlimann.

51. Rahn, H. Ueber Inhaberpapiere nach dem schweizerischen Obligationenrechte und über solche mit Realsicherheit im Allgemeinen. Zürcher Doktordissertation. Zürich, Berichthaus.

Civilrechtliche Verhältnisse der Niedergelassenen.

52. Wolf, P. Zur Rechtsprechung des Bundesgerichtes auf dem Gebiete des internationalen und des interkantonalen Privatrechtes. In dieser Zeitschr. N. F. XV.

53. Zeerleder, A. Zur Frage der örtlichen Rechtsanwendung bei Kollisionen zwischen dem Rechte des alten und neuen Kantons Bern, unter der Herrschaft des Bundesgesetzes über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen. In der Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver. XXXII S. 254 ff.

Civilstand und Ehe.

54. Rehfous, L. Des effets d'un mariage célébré à Genève devant le Consul anglais entre un anglais et une genevoise. In der Semaine judiciaire Nr. 18 p. 293.

55. Jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'état civil, de mariage et de divorce. In der Semaine judiciaire, p. 485 ss.

Fabrikgesetzgebung.

56. Raspopoff, E. P. Die moderne Produktionsweise und die Arbeiterschutzgesetzgebung. Berner Doktordissertation. Bern, K. J. Wyss.

Curti, zur Reform des Arbeitsvertrags, s. Nr. 37.

Eisenbahnrecht.

Aus Anlass des Referendums gegen das Bundesgesetz über das Rechnungswesen der Eisenbahnen sind in den Tagesblättern eine Menge Artikel erschienen, die mit mehr oder weniger Geschick die juristische Seite erörtert haben; ebenso von A. Curti Artikel „zur Kritik des Rechnungsgesetzes," „die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzessionen," „die Aufhebung der Rückkaufsschiedsgerichte," „Haftpflicht und höhere Gewalt," in der Wochenschrift „die Schweizerbahnen," I. Jahrgang 1896. Es würde zu weit führen, alle jene Artikel im Einzelnen aufzuführen.

57. v. Salis, L R. Die Genehmigung der Statuten der Eisenbahngesellschaften durch den Bundesrat (Art. 7 Abs. 1 des Eisenbahnges. v. 23. Dezember 1872). Rechtsgutachten erstattet der Direktion der schweiz. Nordostbahn. Zürich, Zürcher & Furrer.

B. Kantonales Civilrecht.

58. Schweizer, A. Die modernen Baubeschränkungen mit besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtsquellen. Berner Doktordissertation. Zürich, Zürcher & Furrer.

59. Theiler, K. Das Nachbarrecht des Kantons Schwyz. Berner Doktordissertation. Schwyz, Weber & Steiner.

60. Zeerleder, Fr. Ueber Fertigung und Grundbuch-Einträge betreffend Immobilien von Kollektivgesellschaften, welche mit den gesamten Aktiven und Passiven der letztern Hand ändern. In der Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver. XXXII.

61. Weibel, J. L. Rechtsgutachten (in dem Nidwaldner Gültenstreit). In: Zur Gültenfrage. Bericht des Verfassungsrates mit einem Rechtsgutachten von Nat.-R. Dr. J. L. Weibel in Luzern. Luzern, J. Burkhardt.

62. Kirchhofer, E. Die Stellung der Hypothekargläubiger bei der Immobiliarfeuerversicherung nach schweizerischem Recht Berner Doktordissertation. Schaffhausen, P. Schoch.

63. (Meili, F.) Rechtsgutachten in Sachen Rud. Steiner-Höhn am Seefeldquai Zürich V, Klägers, gegen Dr. med. M. Kälin daselbst, Beklagten, betreffend Servitut. Zürich, art. Inst. Orell Füssli.

IV. Civilprozess.

64. Reichel, A. Zu dem Projekt der niederländischen Regierung betreffend eine internationale Uebereinkunft über einzelne Materien des Civilprozesses. In dieser Zeitschr. N. F. XV.

65. Sträuli, H. Kommentar zum Gesetze betreffend die zürcherische Rechtspflege vom Jahre 1874. Supplementband. Winterthur, Moritz Kieschke.

66. Reichel, A. Kritische Bemerkungen zu der neuesten Praxis des bernischen Appellations- und Cassationshofes in Rechtsversicherungssachen (d. h. Kostenkaution). In der Zeitschr. des Bern. Jur.-Ver. XXXII S. 241 ff.

V. Schuldbetreibung und Konkurs.

67. Bonzanigo, A. Sull' abuso (per parte di creditori ipotecari) della facoltà di procedere in via di pignoramento, anziche in via di realizzazione del pegno. Im Repert. di giurispr. p. 572 ss.

68. v. Salis, L. R. Die Zwangsvollstreckung für öffentlich-rechtliche Geldansprüche. Im Archiv für Schuldbetr. und Konk. V (1896) S. 215 ff.

69. Rambert, P. Les droits de la femme dans la faillite du mari ou en cas de poursuite dirigée contre lui par voie de saisie. Lausanner Doktorthese. Lausanne, Ch. Pache.

Ausführliche Recension hiezu von J. Berney im Journ. des trib. p. 561 ss.

70. Bosshardt, A. Das Frauengut im Konkurse des Ehemanns nach schweizerischem Rechte. Zürcher Doktordissertation. Zürich, Schröter & Cie.

71. Rossel, V. De la demande de concordat et du sursis concordataire. Im Journ. des trib. p. 65 ss.

Mehrere Rechtsfragen kurz erörtert im Archiv für Schuldbetr. und Konkurs.

VI. Strafrecht.

72. Picot, E. La peine conditionnelle. Résultats de son application dans le canton de Genève. In der schweiz. Zeitschr. f. Strafr. IX.

73. Stooss, K. Das Motiv im Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. In der schweiz. Zeitschr. f. Strafr. IX.

74. Oetker, F. Der Versuch und die schweizerischen Strafgesetzentwürfe. In der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft (v. Liszt) XVII.

75. Beling, E. Das internationale Strafrecht im Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch (Kommissionalentwurf 1896). In der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft (v. Liszt) XVII.

76. Haldimann, G. L'enfance vicieuse et la législation pénale. Berner Doktordissertation. Neuchâtel, Attinger frères.

Berücksichtigt besonders die schweizerischen Zwangsarbeitsanstalten.

77. Chicherio, F. Dell' infanticidio. Im Repert. di giurispr. p. 337 ss.

78. David, H. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Behandlung der Pressdelikte. In der schweiz Zeitschr. f. Strafr. IX.

79. Gressly, E. Das Zweikampfdelikt. Berner Doktordissertation. Solothurn, Zepfel'sche Buchdruckerei.

Ueber die schweizerischen Gesetzbücher S. 23 ff.

80. Chicherio, F. Per una riforma della legge (Ticinese) 27 maggio 1836 sull' esercizio costituzionale del diritto di grazia. Im Repert. di giurispr. p. 385 ss.

81. Chicherio, F. Sulla indennità dovuta alle vittime di errori giudiziari. Im Repert. di giurispr. p. 673 ss.

82. Näcke, G. Der 4. internationale Kongress für Kriminalanthropologie in Genf, vom 24. bis 29. August 1896. In der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft (v. Liszt) XVII.

83. Quatrième Congrès d'Anthropologie criminelle (à Genève). In den Mitteilungen der internat. kriminalistischen Vereinigung. Bd. VI Heft 2. Berlin, Guttentag, 1897.

VII. Strafprozess.

84. Martin, A. Etude de la loi du 30 juin 1849 sur le mode de procéder à la poursuite des contraventions aux lois fiscales et de police de la Confédération. Im Journ. des trib. XLIV p. 289 ss.

85. Melliger, C. Die Entlassung aus der Untersuchungs-(Sicherheits-)Haft gegen Kaution. In der schweiz. Zeitschr. f. Strafr. IX.

86. La nuova procedura penale Ticinese. Im Repert. di giurispr. XVI.

VIII. Rechtsorganisation.

87. Reichel, A. Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege kommentiert. Bern, Goepper & Lehmann.

88. LeFort, H. Etude sur l'organisation du barreau en Suisse. Im Bulletin de la Société de législation comparée, p. 421 ss.

IX. Rechtsgeschichte.

89. Strickler, J. Die Verfassung von Malmaison. Mit Anhang: Die beiden Verfassungsprojekte von Malmaison. In Hiltys polit. Jahrbuch, X S. 51 ff.

90. Hilty, K. Die Haller'sche Konstitution für Bern v. 19. März 1798. In Hiltys politischem Jahrbuch X.

91. Lauter, A. Die Idee eines schweizerischen Erzbistums, nach der Badener Konferenz, ihre Geschichte und Tendenz. In den katholischen Schweizerblättern, N. F. XII.

92. Brandstätter, J. L. Dingstätten des Mittelalters. Im Geschichtsfreund der V Orte, Bd. LI.

93. v. Wyss, F. Die ehelichen Güterrechte der Schweiz in ihrer rechtsgeschichtlichen Entwicklung. Zürich, art. Inst. Orell Füssli.

94. Börlin, G. Die Transportverbände und das Transportrecht der Schweiz im Mittelalter. Münchener Doktordissertation. Zürich, A. Müller.

95. a) Zwei Hinrichtungen in Bern i. J. 1534.
b) Das Interlachner Lied und die erste bernische Censurordnung.

Beides im Neuen Berner Taschenbuch auf d. J. 1897, S. 189 und 209. Bern, K. J. Wyss, 1896.

96. Drei bernische Urteile über Privatfehde. Mitgeteilt von H. Türler. In der schweiz. Zeitschr. f. Strafr. IX.

97. Gfeller, J. Einiges über den Schutz des geistigen Eigentums auf bernischem Gebiete in früheren Jahrhunderten. In dieser Zeitschr. N. F. XV.

98. v. Liebenau, Th. Zur Geschichte des Staatskirchentums im Kanton Luzern. In den kathol. Schweizerblättern, N. F. XII.

99. Dettling, A. Die Sihlthalgüter des Klosters Einsiedeln und die anstossenden schwyzerischen Wälder und Alpfahrten. In den Mitteilungen des histor. Vereins des Kant. Schwyz. 9. Heft. Schwyz, Weber & Steiner.

100. Holder, K. Ein Rechtsstreit zwischen Strassburg und Freiburg aus der Mitte des 15. Jahrhunderts und seine Beilegung durch die Vermittlung von Basel. In den Freiburger Geschichtsblättern herausgeg. v. d. deutschen gesch.-forsch. Verein des Kant. Freiburg. 3 Jahrg. Freiburg i. U. Universitätsbuchhandlung.

101. Büchi, A. Die Kosten einer Hinrichtung i. J. 1450 und 1473. Derselbe Fundort wie Nr. 100.

102. Burckhardt-Finsler, A. Zwei Basler Verfassungen aus dem Anfang unseres Jahrhunderts. Im Basler Jahrbuch von 1896.

103. Thurneysen, E. Die Basler Separatisten im achtzehnten Jahrhundert. Im Basler Jahrbuch von 1896.

104. Bestrafung einer Fabrikmarkenusurpation (zu Basel) i. J. 1804. In dieser Zeitschr. N. F. XV.

105. Hürbin, J. Vorlesungen über Kirchenrecht an der Universität Basel. In den kathol. Schweizerblättern, N. F. XII, S. 388 ff.

106. Geiger, O. Politische Einteilung und Behörden des alten gemeinen Landes Appenzell. In den Appenz Jahrbüchern herausgeg. v. d. appenzell. gemeinnützigen Gesellschaft, red. von K. Ritter. Dritte Folge, Heft 8. St. Gallen, Komm.-Verl. v. Huber & Cie (E. Fehr).

107. v. Liebenau, Th. Blicke in die Geschichte der Fischerei. Wulpillier, P. St. Gallisches Fischereiwesen vom Mittelalter bis auf die Gegenwart. In der schweiz. Fischerei-Zeitung. Jahrg. 4. Pfäffikon, Zwingli.

108. Fleiner, F. Aargauische Kirchenpolitik in der Restaurationszeit. Im Taschenbuch der histor. Gesellsch. des Kant. Aargau f. d. J. 1896. Aarau, H. R. Sauerländer & Cie.

109. Per la storia della pesca sul lago di Lugano. Im Boll. stor. della Svizzera italiana XVIII p. 67 ss.

110. Holder, K. Die staatsrechtliche Stellung, die Verfassung und Verwaltung Aventicums unter den Römern. Gleicher Fundort wie Nr. 100.

111. Spiro, J. Origines et formation du régime matrimonial vaudois. Lausanner Doktorthese. Lausanne, F. Rouge.

Hiezu Recension von J. Berney im Journ. des trib. p. 101 ss.

112. Cérésole, P. Un document relatif à l'exécution d'un prêtre belge à Vevey en 1643. In der Revue hist. Vaudoise IV p. 238 ss.

113. † Henri Bippert. Nécrologue. Im Journ. des trib. p. 449 ss.

114. L'université de Genève et son histoire. Faculté de droit 1872—1896 par A. Martin. Genève, Georg & Cie.

X. Rechtsquellen.

115. Das Stadtbuch (Municipale) von Freiburg im Uechtland. Bearbeitet von J. Schnell. In dieser Zeitschr. N. F. XV.

116. Die älteste Urkunde über die landgräflichen Rechte im Sisgau. Von A. Bernoulli. Im Anzeiger f. schweiz. Gesch. 1896 Nr. 1 und 2.

117. Handelsrechtliche Gutachten des Direktoriums der Kaufmannschaft von Basel. Aus dessen Protokollen mitgeteilt von P. Speiser. In dieser Zeitschr. N. F. XV.

118. Die ältere Offnung von Lützelhard. Herausgeg. von R. Hoppeler. Im Anzeiger für schweiz. Gesch. 1896 Nr. 1 und 2.

119. Maiending der Fischer und Waidgesellen am Rhein, zu Baden, Zell, Zürich, Rümlang, Biel, Luzern und Rapperswil 1397. Von W. Merz.

Fischerordnungen für den Nidauersee. Seeordnung über den Bielersee 1570. Von F. Hirt.

Sämtlich in der schweiz. Fischerei-Zeitung, Jahrg. 4. Pfäffikon, Zwingli.

120. Zwei Gesellschaftsordnungen aus dem Aargau. Von E. Welti und F. Wernli. Im Anzeiger f. schweiz. Gesch. 1896 Nr. 1 und 2.

121. Ils Statuts nar Urdens a Tschentaments dad amadus Cumins numnadameng da Fürstenau ad Ortenstein (1773) Publicau tras H. Caviezel. In den Annalas della Societad Rhaetoromanscha. Annada X. Cuira, Soc. acz.

122. Eine Reihe kleiner Rechtsquellen und Auszüge aus grösseren (Fuormas de plaids, Fuormas dilg Dreiz, Decrets e Statuds, Schentaments) in Decurtins, Rätoromanische Chrestomathie I. Erlangen, F. Junge. (Band 8 und 9 der Romanischen Forschungen.)

---

123. Urkundenbuch der Stadt und Landschaft Zürich. Herausg. von einer Kommission der antiq. Gesellsch in Zürich, bearb. v. Dr. J. Escher und Dr. P. Schweizer. Bd. IV, erste Hälfte. Zürich, Fäsi & Beer.

124. Urkunden des Stiftes Engelberg. 2. Abth. v. P. Adalbert Vogel. Im Geschichtsfreund der V Orte. Bd. LI. (Abth. 1 in Bd. XLIX.)

125. Urkunden zur Geschichte des Augustinerklosters in Freiburg. Herausg. v. A. Büchi. Gleicher Fundort wie Nr. 100.

126. Urkundenbuch der Stadt Basel. Herausg. v. d. histor. und antiq. Gesellsch. zu Basel, bearb. v. R. Wackernagel und R. Thommen. Bd. III. Basel, R. Reich.

---

127. Schweizerisches Idiotikon, Heft 31 bis 33 (Bd. IV Heft 1 bis 3).

XI. Zeitschriften und Verwandtes.

128. Diese Zeitschrift, neue Folge Band XV (Band 37). Nebst Beilageband: Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts, Band XIV.

129. Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, umfassend Strafrecht, Strafprozessrecht, Gerichtsorganisation, Strafvollzug, Kriminalpolizei, gerichtliche Medizin und Psychiatrie, Kriminalstatistik und Kriminalsoziologie, herausg. von K. Stooss. Band IX. Bern, Stämpfli.

130. Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs, herausg. im Auftrag des Eidgen. Betreibungsrates unter Mitwirkung von Juristen aller Kantone. Redaktion: A. Brüstlein. V. Jahrgang. Bern, Michel & Büchler. Noch nicht vollendet.

131. Annales de jurisprudence (droit fédéral, civil et public) avec table des matières en langue allemande publiées par S. de Blonay. 3me année 1895. Lausanne, B. Benda. 1896.

132. Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, herausg. von A. Zeerleder. Band XXXII. Bern, Haller.

133. Repertorio di giurisprudenza patria (redattori L. Colombi e St. Gabuzzi). Serie II. Vol. XVI. Bellinzona, Colombi.

134. Revue judiciaire. Journal des tribunaux Suisses et de législation (rédacteur S. de Félice). 13ᵉ année. Lausanne.

135. Journal des tribunaux, revue de jurisprudence (réd. Ch. Soldan). Tome 44. Lausanne.

136. La Semaine judiciaire. Journal des tribunaux. 18ᵉ année. Genève.

137. Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen, redigiert von Schoch und Bindschedler. Band XV. Zürich, Orell Füssli & Cie.

138. Monatsblatt für Bernische Rechtsprechung (Red. E. Rüegg). 13. Jahrg. Bern, Michel & Büchler.

139. Der Rechtsfreund. Blätter für Gesetzgebung, Volkswirtschaft und Rechtspflege. Beilage zum Schweiz. Handels-Courier. Redaktor R. Kocher. II. Jahrgang.

- - -

140. Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins 1896, 2 Hefte, enthaltend die Referate und das Protokoll der Jahresversammlung auf Rigi-Kulm. Basel, R. Reich. Alles auch in dieser Zeitschrift N. F. XV.

141. Verhandlungen des schweizerischen Vereins für Straf- und Gefängniswesen und der interkantonalen Vereinigung der schweiz. Schutzaufsichtvereine in Lausanne und Chillon am 14. und 15. Oktober 1895. XIX. Versammlung. II. Heft. Die Verhandlungsprotokolle nebst Beilagen. Aarau, H. R. Sauerländer & Cie.

142. Bulletin de la Jurisprudence Suisse, im Journal du droit international privé (1896) tome XXIII p. 437 ss.

143. Annuaire de législation étrangère, publié par la Société de législation comparée. 24ᵉ année (1894) p. 505 ss., wo Notices sur les travaux législatifs en Suisse (Confédération et Cantons).

Litteraturanzeigen.

Martin, Alfred, professeur à l'Université de Genève. **Commentaire de la loi fédérale concernant l'état civil et le mariage.** Genève, Eggimann & Cie, 1897. 252 p. fr. 4. —. [1])

Das Bundesgesetz vom 24. Dezember 1874 enthält, nach Ausweis seines Titels, die Normen über zwei von einander scharf zu trennende Gegenstände. Zunächst enthält es die Bestimmungen über die Feststellung und Beurkundung des Civilstandes; sodann enthält es Vorschriften über die Eheschliessung und über die Auflösung der Ehe. Die Führung der Civilstandsregister ist Aufgabe der Justizverwaltung; das diese Aufgabe näher umschreibende Bundesgesetz gehört also zu den eidgenössischen Verwaltungsgesetzen. Dagegen sind die eherechtlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes ein Teil des eidgenössischen Privatrechts. Wie der schweizerische Gesetzgeber so hat auch der deutsche Gesetzgeber im Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschliessung vom 6. Februar 1875 verwaltungsrechtliche und privatrechtliche Normen neben einander gestellt. Dieses auffällige Vorgehen des Gesetzgebers erklärt sich nicht aus dem innern Zusammenhang der bezüglichen privatrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Normen, (denn sonst hätte ja auch die eheliche und uneheliche Abstammung in den Bereich des Gesetzes gezogen werden müssen); vielmehr gab die gleichzeitig vorzunehmende Verweltlichung (Säkularisation) der Registerführung und des Eherechtes den Anlass, in einem und demselben Spezialgesetz Verwaltungsrecht und Privatrecht festzustellen. Ohne weiteres darf daher verlangt werden, dass die verwaltungsrechtlichen Normen über Registerführung nicht in den künftigen Privatrechtskodex aufgenommen werden, sondern in einem reinen Verwaltungsgesetz ihren Platz finden.

Die Fürsorge für richtige Handhabung des Eherechtes ist den Gerichten anvertraut, die Fürsorge für gesetzmässige Führung der Civilstandsregister den Verwaltungsbehörden. In letzter Instanz

[1]) Diese Recension ist uns unmittelbar nach Schluss des vorigen Heftes zugegangen. Wir bringen sie als Ergänzung unserer kurzen Anzeige in demselben hier noch zum Abdruck.

entscheidet über materiellrechtliche Fragen das Bundesgericht, über verwaltungsrechtliche Fragen dagegen der Bundesrat. In einem Reglement vom 20. September 1881 hat der Bundesrat auf Grund mehrjähriger Praxis die für die Registerführung notwendigen Ausführungsbestimmungen getroffen, und in dem ebenfalls 1881 vom schweizerischen Departement des Innern herausgegebenen „Handbuch für die schweizerischen Civilstandsbeamten“ findet der Registerführer in reichlichem Masse den erwünschten Aufschluss über Vorgehen und Verhalten bei Erfüllung seiner dienstlichen Pflichten. Seit dem Jahre 1881 hat sich das verwaltungsrechtliche Material bedeutend vermehrt: bis zum Erscheinen einer revidierten Ausgabe des genannten Handbuches muss daher dieses Material in der amtlichen Gesetzessammlung und im Bundesblatt aufgesucht werden, soweit dasselbe nicht in meinem 1892 erschienenen Bundesrechte, III S. 221 255, verarbeitet ist. Von hervorragendem Einfluss auf die eherechtliche Praxis sind sodann die Urteile des Bundesgerichtes, die durch Publikation in der amtlichen Sammlung weitern Kreisen bekannt werden.

Die schweizerische Litteratur hat sich mit einzelnen Fragen, die auf Grund des Bundesgesetzes vom 24. Dezember 1874 zu beantworten sind, sehr einlässlich und zum Teil wiederholt beschäftigt; dagegen fehlen uns neuere Gesamtdarstellungen des schweizerischen Rechtes der Registerführung und des Eherechtes. Es muss daher die Arbeit von Prof. Martin lebhaft begrüsst werden; sie weist alle die Vorzüge auf, die wir schon längst an seinen Leistungen konstatieren können: klare, präcise Darstellung, logische Entwicklung, massvolle Kritik. Wenn wir aber Martin's Buch vergleichen mit der Skizze, die seiner Zeit P. F. v. Wyss im Bande XX, Abt. 3, S. 4—33 dieser Zeitschrift geliefert hat, so müssen wir hervorheben, dass Wyss's Arbeit diejenige Martin's hinsichtlich der Fülle an anregenden Gedanken weit überragt; und wenn wir fragen: liegt nun eine einigermassen erschöpfende Darstellung des im Bundesgesetz vom 24. Dezember 1874 niedergelegten Rechtes vor, so müssen wir leider mit Nein antworten. Zwar hat Martin die bundesgerichtliche Ehescheidungspraxis vollständig verwertet, um die verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates bekümmert er sich dagegen nicht. Bei der Darstellung des Rechts der Registerführung begnügt er sich sozusagen mit einem Auszug aus dem Handbuch. Ich habe aus der Lektüre des Buches den Eindruck erhalten, dass sich der Verfasser für civilrechtliche Fragen, nicht dagegen für verwaltungsrechtliche Fragen interessiert; ist dem also, so hätte er sich eben damit begnügen sollen, einen Kommentar zu den civilrechtlichen Bestimmungen zu schreiben. Der Civilstandsregisterführer lernt für seine Amtsstellung aus dem Buche nichts, der

Student aber bekommt nur einen unvollständigen Einblick in die Praxis des Registerrechtes. Endlich ist auch die Litteratur nicht vollständig berücksichtigt worden; ich vermisse die Berücksichtigung der Abhandlungen von Morel, Mentha, Pezolt.

Um die weittragende Bedeutung der bundesrätlichen Praxis für das Gebiet des Civilstandswesens und des Eherechtes kennen zu lernen, genügt der Hinweis auf folgende von Martin nicht besprochene Fälle: Corragioni d'Orelli (Bbl. 1891 II S. 557, 1893 II S. 46, 1895 II S. 125), Molly Müller (Bbl. 1892 III S. 153), Amt Castagnola (Bbl. 1896 I S. 1014, II S. 27), Widmer (Bbl. 1892 II S. 520), Pfannenschmied (Bbl. 1894 II S. 21). Fragen, welche auf Grund dieser und anderer Beispiele teilweise angeregt, teilweise beantwortet würden, teilweise auch eindringlicher untersucht werden sollten, sind: das Verhältnis der Registereintragung zum Namensrecht, zur Legitimation, zur Verschollenheitserklärung und zum Todesbeweis; Abänderung, Berichtigung und Vervollständigung der Einträge (worüber Martin S. 36 ff. einzelne vortreffliche, jedoch der Ergänzung bedürftige Bemerkungen hat); Edition der Originalregister; Einzelermächtigung an schweizerische Konsuln zur Vornahme civilstandsamtlicher Handlungen, Stellung ausländischer Konsuln in der Schweiz bezüglich Eheschliessung vor denselben (vgl. Bbl. 1893 II S. 31, 1896 II S. 22); Delegation an inländische Pfarrämter zur Vornahme einer Trauung; Dispensationserteilung nach Art. 31 und 37 des Bundesgesetzes (vgl. Salis III Nr. 1065 ff.); Verhalten des Civilstandsbeamten bei Ehehindernissen; Dispensation von Ehehindernissen; Ehekonsens; Eintragung von Ehescheidungsurteilen u. a. m.

Mit Recht erklärt Martin S. 143 den durch die bundesgerichtliche Praxis herbeigeführten, nicht vom Bundesgesetz gewollten Zustand hinsichtlich der Ehescheidungsklagen ausländischer Ehegatten für höchst unbefriedigend; il n'est pas conforme à une saine justice. Bezüglich der Frage, ob kraft Bundesrecht Schweizer eine Scheidungsklage bei einem ausländischen Gericht anhängig machen dürfen, neigt sich Martin der Argumentation Roguin's zu, die Frage also verneinend (S. 152). Wie widersinnig aber die Verneinung dieser Frage ist, zeigt folgender Fall, der im Bbl. 1897 I S. 372, vgl. 1896 II S. 20, mitgeteilt ist. Im Jahre 1895 hatte der Bundesrat die Wiederverheiratung einer Frau für unzulässig erklärt, die in Kalifornien mit einem Schweizer verehelicht gewesen, Ende Mai 1894 von dem Obergericht der Grafschaft San Francisco geschieden worden und in die Schweiz zurückgekehrt war. Weil nun dieser Frau die Wiederverehelichung in der Schweiz durch den hohen Bundesrat unmöglich gemacht worden war, reiste sie mit ihrem Bräutigam im Jahre 1896 nach New-York und schloss daselbst — selbstver-

ständlich ohne auf den geringsten Widerstand zu stossen — ihren neuen Ehebund. Hiezu sagt der Bundesrat a. a. O.: „Im Hinblick auf Art. 54 Abs. 3 der Bundesverfassung konnte gegen die verlangte Anerkennung dieser zweiten Ehe und der durch den Eheabschluss gleichzeitig erfolgten Legitimation von zwei ausserehelichen Kindern nichts eingewendet werden.“ Dieses von mir schon längst erhoffte Resultat beweist von neuem die Richtigkeit derjenigen Auffassung, die den Schweizern den Zutritt zu ausländischen Gerichten in ihren Ehehändeln nicht verschliesst. Die entgegengesetzte Ansicht, die mit so grosser Hartnäckigkeit vertreten worden ist, ist durch das bundesrätliche Zugeständnis bankerott erklärt!

Nicht haltbar ist die von Martin verteidigte Anschauung über den die Ehe perficierenden Moment; nicht in der Konsenserklärung der Nupturienten, auch nicht in dem auf diese Konsenserklärung folgenden Ausspruch des Civilstandsbeamten, sondern in der Protokollierung der Ehe soll der Perfektionsmoment der Ehe liegen (S. 119 ff.). Der Hinweis auf die Testamentserrichtung ist nicht beweiskräftig, und der Satz: dans l'opinion que nous combattons, il y aurait mariage, sans acte de mariage, ce qui est contraire à tout le système de la loi, ist falsch; wäre er richtig, so wäre die Eintragung in die Civilstandsregister auch massgebend für die Frage der Geburt und des Todes eines Menschen, und doch kümmert sich der Neugeborene und der Tote gar nicht um die Civilstandsregister. Martin geht, wie es scheint, von einer Anschauung aus, die seiner Zeit auch in einem Genfergesetz vom Jahre 1876 zum Ausdruck gekommen ist, jedoch bundesrätlich mit Recht missbilligt wurde (vgl. Salis III Nr. 1035).

Zum Ehescheidungsrecht bemerke ich ergänzend, dass in der Praxis (in Abweichung von dem S. 166 Gesagten) die richterliche Aufforderung zur Rückkehr schon nach Ablauf von 18 Monaten, nicht erst nach Ablauf von zwei Jahren erlassen wird, ferner dass selbst in Fällen, wo beide Ehegatten mit der Scheidung einverstanden sind, der Richter nicht auf Grund des Art. 45, sondern auf Grund des Art. 47 des Ehegesetzes sein Urteil fällt, was besonders mit Rücksicht auf die Möglichkeit einer temporären Trennung von praktischer Bedeutung ist (a. A. Martin S. 200, 201), endlich dass die Auferlegung einer Entschädigung, ohne jede Rücksicht auf Schuld, im Fall der Ehescheidung wegen Geisteskrankheit zu Lasten des obsiegenden Klägers möglich ist (vgl. S. 198).

De lege ferenda verlangt Martin die Aufhebung der Scheidungsgründe der Art. 45 und 47 (S. 190); den Ehescheidungsgrund wegen unheilbarer Geisteskrankheit will er nicht streichen; von diesem Fall abgesehen soll aber nur der unschuldige Ehegatte gegen den schuldigen einen Scheidungsanspruch haben bei Vorliegen be-

stimmter im Gesetz namentlich aufzuzählender Thatsachen, die sich als schwere Verletzung der ehelichen Treue und Pflichten darstellen. Man wird Martin zustimmen, wenn er seine Stimme erhebt gegen die bedenkliche kantonale Praxis auf Grundlage der Art. 45 und 47 des Ehegesetzes, gegen eine Praxis, die in der That — dem Gesetz zuwider — den Scheidungsgrund der beidseitigen Zustimmung kennt. Er geht aber zu weit, wenn er wegen dieser missbräuchlichen Praxis geradezu die Aufhebung der Art. 45 und 47 verlangt. Im Ehescheidungsrecht werden sich fort und fort eine allzu laxe und eine allzu strenge Auffassung bekämpfen; nicht nur der Richter, sondern auch der Gesetzgeber muss sich hüten, auf diesem Gebiet den extremen Strömungen zu grosse Konzessionen zu gewähren.

Basel, im März 1897. v. Salis.

Munk, Leo, Dr., Hof- und Gerichtsadvokat in Wien. **Die patentrechtliche Licenz. Eine Studie.** Berlin 1897.

Die vorliegende Schrift ist ganz speziell auch für die Schweizer Juristen und für die Rechtspflege in unserm Lande wichtig. Sie behandelt eine juristisch praktische und wichtige Materie, über welche die Gesetzgebungen entweder ganz zu schweigen oder nur wenige Bestimmungen zu treffen pflegen. Auch das schweizerische Patentgesetz spricht zwar gelegentlich von Licenzen (Art. 5; 9 Nr. 4; 12), allein ihre Rechtsnatur und der Umfang der daraus hervorgehenden Befugnisse und Pflichten kann darauf gestützt auch nicht einmal in grossen Zügen deduziert werden. Auch das sonstige Bundescivilrecht giebt uns hinsichtlich der Licenzverträge keine Handhaben. Unter diesen Umständen sind wir auf allgemeine Rechtsprinzipien, auf Analogien, auf andere Gesetzgebungen, auf die auswärtige Judicatur angewiesen. Der Verfasser hat mit einer vollständigen Beherrschung der hauptsächlichsten Litteratur die verschiedenen Fragen, die mit der Licenz zusammenhängen, eingehend untersucht und treffend illustriert. In geschickter Weise sind auch die hier besonders wichtigen wirtschaftlichen Momente in den Kreis der Betrachtung gezogen, und was die Gesetzgebungen anbetrifft, wird alles zusammengetragen, was überhaupt für das Spezialgebiet der Licenz erheblich ist. — Das Wesen der Licenz (I) wird in einer Analogie der Miete gefunden, gleichzeitig aber bemerkt der Verfasser, dass auch andere Gesichtspunkte der benannten Verträge mitspielen. Unter diesen Umständen ist doch wohl die juristische Charakterisierung als eines Vertrages sui generis im Ernste nicht abzuweisen, noch zutreffender ist es in meinen Augen, von einem modernen Innominatvertrage zu reden. — Bezüglich der Licenzerwerbung (II) unterscheidet der Verfasser 1. Vertragslicenzen,

2. stillschweigende Licenzen (was mir anfechtbar erscheint), 3. gesetzliche, 4. Zwangs- und 5. Enteignungslicenzen. Unter dem Titel „Inhalt des Licenzrechts“ wirft der Verfasser u. A. auch die Frage auf, ob die Licenz weiter übertragen werden könne (After- oder Sublicenzen). Die Frage wird grundsätzlich verneint, was keineswegs allgemein anerkannt ist: diese Ausführungen scheinen mir ganz besonders treffend zu sein. Weitere Erörterungen beziehen sich auf die Pflichten des Licenzträgers (IV), die Gewährleistungspflicht des Licenzerwerbers (V, bei welchem Anlasse die bekannten Streitigkeiten in S. Mitscherli behandelt werden) und die Störung des Licenzrechts (VI). Ich kann den schweizerischen Juristen das Studium der Monographie bestens empfehlen.

Zürich. Professor Meili.

Verhandlungen
des schweizerischen Juristenvereins.
XXXV. Jahresversammlung in Zermatt 1897.

Y a-t-il lieu de réviser les dispositions du Code fédéral des obligations sur les raisons de commerce, et, si c'est le cas, dans quel sens cette révision doit-elle s'accomplir?

Rapport

présenté par Walther Burckhardt, docteur en droit, à Berne.

La raison de commerce est le nom sous lequel les commerçants, individus et sociétés font leurs affaires, le signe distinctif auquel le public reconnaît à qui il a affaire. C'est au public qu'elle s'adresse et c'est dans son intérêt que le législateur a édicté les règles qui en régissent la formation et l'usage. L'intérêt du public est de n'être pas induit en erreur par la r. d. c. sur la personne de son titulaire. C'est donc à cette exigence avant tout que la loi doit satisfaire.

Mais à côté de cet intérêt, et souvent en collision avec lui, se trouve l'intérêt privé du commerçant lui-même; intérêt personnel, car la r. d. c., comme le nom patronymique représente la réputation et l'honneur commercial du titulaire, intérêt matériel, car le nom commercial est „le signe de ralliement de la clientèle.“

Ce sont ces deux intérêts, public et privé, qu'il s'agit de comparer et d'apprécier pour déterminer l'influence qu'il convient de leur accorder dans la législation.

I.
Formation de la raison de commerce.

La première question de principe qui se pose est celle de savoir comment les r. d. c. doivent être *formées*, de quels

éléments elles doivent être composées, quelles en sont les énonciations obligatoires et facultatives?

Le C. O. contient les règles suivantes sur la *formation* des r. d. c. „nominatives“ c'est-à-dire celles qui ne sont pas anonymes: La raison individuelle est formée par le nom du commerçant avec ou sans prénom (nous faisons abstraction pour le moment des adjonctions facultatives, C. O. 861, al. 2); la raison d'une société en nom collectif est formée soit par les noms de tous les associés soit par les noms d'une partie seulement d'entre eux avec une adjonction indiquant l'existence des autres associés. La raison de la société en commandite est composée du nom d'un au moins des associés indéfiniment responsables avec une adjonction qui indique l'existence d'une société.

1. Raison individuelle.

La formation de la *raison individuelle* ne peut pas donner lieu à de graves controverses; la raison doit logiquement indiquer le nom de la personne qui est seule en cause. (Nous parlerons plus loin du principe du libre choix des r. d. c. et de la question de leur transfert.)

Le seul point sur lequel puisse porter la discussion est l'usage des prénoms.

On a demandé, à l'occasion de la révision du c. d. c. allemand, que toutes les *femmes*. mariées ou non, inscrivent dans leurs raisons commerciales au moins un de leurs prénoms en entier. Le législateur allemand s'est refusé avec raison à faire cette différence entre les deux sexes. Le besoin ne s'en fait pas sentir: si une femme est réellement à la tête de la maison, les intéressés ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes s'ils supposent que la raison commerciale à laquelle ils ont affaire est celle d'un homme; il n'est d'ailleurs point à présumer que cette erreur leur soit préjudiciable.

Un premier projet soumis à une commission en automne 1895 statuait à l'article 16, alinéa 3, que les *femmes mariées et les mineurs* étaient tenus de mentionner au moins un de leurs prénoms en toutes lettres dans leur r. d. c. Le projet publié en 1896 supprimait cette distinction; mais celui qui fut sou-

mis au Reichstag exigeait au contraire qu'un des prénoms du *propriétaire, quel qu'il soit,* figurât, abrégé ou en toutes lettres, dans la raison individuelle. Ce qu'on voulait empêcher par là, c'est qu'un commerçant, pour tromper ses créanciers, ne fasse inscrire soit dès l'abord, soit après être tombé en faillite, sa femme ou un de ses enfants mineurs comme le chef de la maison qu'il gère en réalité lui-même. La commission parlementaire admit ce principe et la proposition fut sanctionnée par le Reichstag. Dès lors le § 18, qui va devenir loi, prescrit à celui qui est seul à la tête d'une maison de faire accompagner son nom de famille d'un de ses prénoms écrit en toutes lettres. Nous ne voyons pas l'utilité d'une pareille disposition en Allemagne où le mari peut transmettre en tout temps, abstraction faite de la faillite, son commerce avec son nom commercial à sa femme ou à un successeur quelconque sans que rien trahisse ce changement. Chez nous, qui ne connaissons pas cette facilité du transfert de la r. d. c., la disposition serait mieux à sa place. Exigeant que chacun ne pratique le commerce que sous son nom patronymique, nous avons intérêt à empêcher que le mari ne se fasse passer pour le titulaire d'une r. d. c., tandis qu'en réalité c'est sa femme ou son fils, dont les prénoms commencent par hasard par les mêmes initiales que le sien, qui sont inscrits au reg. du c. Le public voyant le chef de la famille occupé dans le commerce ne doutera pas qu'il ne soit le titulaire légitime de la raison dont il fait usage. Pour prévenir cet abus, il suffirait de prescrire que si le chef d'une famille est employé dans le commerce d'un des siens, ce dernier devra ajouter, dans la r. d. c., à son nom patronymique un de ses prénoms au moins écrit en toutes lettres. Le prescrire d'une manière générale, comme le fait le futur c. de c. allemand, c'est limiter sans nécessité la liberté des commerçants d'écrire leur prénoms comme ils l'entendent. Il est des prénoms qui sont d'une longueur malcommode; et surtout le fait même d'abréger les prénoms constitue un précieux moyen de distinguer des raisons d'ailleurs identiques. En fait, le seul abus qui se produise, c'est

qu'un commerçant, qui a fait de mauvaises affaires, cherche à donner le change à ses créanciers en engageant sa femme ou un de ses enfants à s'inscrire au reg. du c. sous son ancienne raison commerciale. Il n'arrive presque jamais que celui qui fonde une maison nouvelle fasse inscrire comme en étant le chef, un autre membre de sa famille. Quant au premier cas où la raison supposée remplace celle qui a été radiée, nous en parlerons plus bas. Le second est si rare qu'il ne mérite pas d'être prévu par une disposition spéciale de la loi.

2. Société en nom collectif.

La raison de la *société en nom collectif* est plus sujette à controverse. Faut-il considérer la société en nom collectif comme une pluralité d'individus dont chacun est, à l'égal des autres, chef de la maison ou plutôt comme une unité absorbant l'individualité des associés? Dans le premier cas, la r. d. c. devrait contenir les noms de tous les associés; dans le second, elle consisterait en une dénomination distincte du nom personnel des associés.

La question théorique de savoir si la société en nom collectif a ou non la personnalité juridique est d'une importance secondaire. Ce qui est décisif c'est que la situation juridique que la loi assigne aux associés dans la société et l'influence que chacun d'eux exerce en fait sur la marche des affaires, confèrent à la société en nom collectif un caractère personnel trop accentué pour qu'on puisse l'assimiler à une société par actions ou à une association. Il serait donc logique de former la raison de la société en nom collectif des noms de tous les associés, puisqu'en principe ils sont tous égaux; ainsi le voudrait la règle de la vérité des r. d. c. Mais cette application rigoureuse du principe aurait le grand inconvénient de créer pour les sociétés composées de plusieurs personnes des raisons démesurément longues et, partant, peu pratiques. Plus la raison est longue et compliquée, moins elle frappe l'esprit du lecteur, le public

n'en garde pas un souvenir précis et la distingue difficilement de raisons qui n'en diffèrent que par un prénom ou par quelques lettres. Le nom d'une société composée de 4 ou 5 personnes ne serait pas connu en entier du public, il prêterait à de fréquentes confusions ou même à des imitations intentionnelles. En fait, une telle exactitude n'est d'usage dans aucun pays ni réclamée par personne. L'usage qui consiste à remplacer par les mots „et Cie" les noms des associés qui ne sont pas nommés dans la r. d. c. est vieux de plusieurs siècles.

3. Société en commandite.

Autre chose est la raison de la *société en commandite*. Il est permis de se demander s'il est juste que la société en commandite soit assimilée, par le seul fait de l'existence d'associés commanditaires, à la société en nom collectif. La seule différence que le C. O. fasse entre la r. d. c. de ces deux sociétés c'est que le nom des commanditaires *ne peut pas* figurer dans la raison d'une société en commandite. Cette disposition légale ne permet pas de distinguer la raison d'une société en commandite d'avec celle d'une société en nom collectif, puisque cette dernière peut être formée exactement sur le même modèle que la première; en réalité c'est même le cas le plus fréquent; la loi n'empêche donc pas, et elle ne cherche pas à le faire, que la raison d'une société en commandite ne soit prise pour le nom commercial d'une société en nom collectif.

Comme nous ne pensons pas qu'il faille créer pour la société en commandite un type de raison spécial, la question qui se pose est celle-ci: Faut-il tenir compte, dans la formation des r. d. c., du fait que le ou les propriétaires de la maison de commerce ont des associés commanditaires? Ou ne faut-il pas plutôt renoncer à exprimer ce fait dans la r. d. c. pour faire ressortir d'autant plus clairement s'il existe une ou plusieurs personnes indéfiniment responsables.

Pour nous rendre compte de la place qu'il convient d'accorder aux commanditaires dans la raison sociale, nous

prendrons le cas le plus simple, celui d'une société en commandite n'ayant qu'un seul associé indéfiniment responsable. La loi oblige le commerçant qui s'adjoint un commanditaire à modifier sa r. d. c. en ajoutant à son nom les mots: „et Cie". En quoi une société pareille se distingue-t-elle d'un commerçant seul à la tête d'une maison?

A. Crédit de la société en commandite.

Les personnes intéressées à savoir qu'un commerçant a pris une commandite sont celles qui lui ont fait ou qui vont lui faire crédit (nous les appellerons dans la suite *créanciers* tout court). Or, la raison sociale adoptée par le commerçant leur apprend deux choses: 1° qu'à la fortune personnelle du commerçant est venue s'ajouter une somme d'argent étrangère qui augmente d'autant le gage commun des créanciers; 2° qu'en cas de faillite les biens du commerçant ne formeront plus une seule masse sur laquelle tous les créanciers auront des droits égaux, mais qu'il sera fait deux masses des biens sociaux et des biens personnels de l'associé indéfiniment responsable et qu'il y aura deux faillites distinctes.

I. Quant à l'augmentation du capital engagé dans le commerce, il faut considérer deux éventualités, celle où la commandite a été versée et celle où elle est encore due par le commanditaire. Nous supposons tout d'abord le cas normal où *la commandite a été versée.*

Au moment où le commerçant prend un commanditaire, ses créanciers voyant leurs sûretés augmenter du montant de la commandite, lui accordent un crédit plus large d'autant. Mais ce n'est qu'à ce moment là qu'ils peuvent distinguer entre la fortune personnelle et la commandite. Dans la suite, la commandite se confond avec la fortune personnelle du commandité; c'est avec ce capital de provenance mixte qu'il va travailler, et c'est le rendement de cette fortune „sociale", de ce capital engagé dans le commerce, quelle que soit sa provenance qui donnera la mesure du crédit de la société. Le fait qu'une commandite a été versée importe peu aux cré-

anciers puisque si cette maison, telle qu'elle est, fait de mauvaises affaires, ils ne pourront pas se récupérer sur le commanditaire et qu'il leur est dèslors indifférent de savoir si le capital engagé dans le commerce provient en entier de l'associé-gérant ou pour partie d'une tierce personne. C'est le montant effectif de cette fortune, non son origine, qui leur importe. L'apport d'une commandite n'a donc pas d'autre importance pour eux que n'importe quel autre accroissement de la fortune du chef de la maison, un héritage, une donation, une spéculation heureuse. Au moment où cette accroissement a lieu le crédit du commerçant monte, mais ce moment une fois passé on évalue son crédit par l'état de ses affaires, sans se demander si à une époque plus ou moins reculée il a été versé une commandite. Ce ne sont donc pas les créanciers qui ont intérêt à savoir qu'une commandite a été versée, mais bien le commandité à le leur apprendre. Il n'y a là évidemment pour le législateur aucun motif pour obliger le commerçant à transformer sa raison individuelle en une raison sociale. Si le commandité a intérêt à faire connaître l'opération financière qu'il a conclue, il aura soin d'en informer le public. Si, au contraire, il a intérêt à cacher le fait de son association pour ne pas éveiller des soupçons à l'endroit de la solidité de son établissement, est-il nécessaire de le contraindre à divulguer ce fait par un changement de raison commerciale? L'intérêt des créanciers exige-t-il une pareille publicité? Le législateur ne pouvait avoir pour but de faire savoir à tout venant que la maison Lenoir n'était peut-être pas aussi solide qu'on se l'imaginait puisqu'elle s'est vue obligée de prendre un commanditaire. Si la maison jouissait d'une réputation surfaite et d'un crédit exagéré, il ne peut être du ressort du législateur de détromper le public. La situation des créanciers n'est nullement compromise par la prise d'une commandite; elle n'en peut être, au contraire, qu'améliorée, puisque la commandite servira de gage à leurs créances en cas de faillite. Le débiteur, s'il a intérêt à tenir la chose secrète ne leur cause par là aucun dommage. S'il agrandit son commerce, s'il complète son

outillage et développe ses installations avec l'argent fourni par le commanditaire, les tiers en concluent peut-être que les bénéfices réalisés dans son commerce le mettent à même de faire de pareilles dépenses. Mais il n'y aura dans cette confiance, quelque peu téméraire, rien qui puisse leur porter préjudice, puisqu'en cas de faillite la commandite ou les biens qui en représentent la valeur resteront grevés de toutes les dettes sociales. Les créanciers n'ont donc dans ce cas aucun intérêt à savoir que c'est une commandite qui est venue grossir l'avoir du débiteur. Les créanciers auraient bien plutôt intérêt à être informés lorsque leur débiteur contracte des emprunts simples ou en participation (stille Gesellschaft), puisque, dans ce cas, le prêteur produira sa créance dans la faillite et que la maison débitrice, qui semblait prospère, se trouvera en réalité avoir été constituée au moyen de fonds étrangers; se sont donc les avances de fonds autres que les commandites qui pourraient induire les tiers en erreur, puisque à l'accroissement apparent de l'actif correspond une somme égale de dettes cachées.

Mais, dira-t-on, si *la commandite n'a pas été versée,* les créanciers ont intérêt à savoir qu'elle est due par le commanditaire et que, le cas échéant, cette créance de l'associé-gérant augmentera d'autant leur gage commun. — Cela est vrai; mais de quoi pourraient-ils se plaindre si un débiteur leur laissait ignorer cet heureux évènement? Rien ne le leur faisait prévoir. Qu'il faille voir dans la prise d'une commandite un indice favorable ou défavorable de l'état des affaires du débiteur, toujours est-il qu'elle ne diminue en rien les sûretés des créanciers.

Si le législateur avait eu l'intention de rendre les créanciers attentifs au fait qu'un commerçant prend un commanditaire en l'obligeant à ajouter à son nom les mots „et Cie,“ il aurait été logique de lui imposer un changement de sa raison toutes les fois qu'un nouveau commanditaire vient se joindre au premier ou même que la commandite est augmentée, et à plus forte raison faudrait-il le faire lorsque la commandite vient à être diminuée. Or, de tout cela, il n'est

rien. La r. d. c. reste la même dans tous ces cas, la loi se borne à exiger l'inscription de ces modifications au registre et leur publication dans la f. o. s. du c.

Une considération d'ailleurs prime toutes les autres, c'est que les tiers n'ont aucun moyen de contrôler si la commandite est versée ou pas; le reg. du c. n'en dit rien, et, tant qu'ils ne connaissent pas ce fait, tous les calculs qu'ils peuvent faire sur l'augmentation du crédit qu'il convient d'accorder au commandité manquent de base.

Et puis, qu'apprend aux créanciers l'adjonction à la raison individuelle des mots „et Cie"? Le fait seulement que le chef de la maison est entré en société avec un bailleur de fonds (abstraction faite de la possibilité de la création d'une société en nom collectif); ce renseignement à lui seul ne peut leur suffire; les créanciers ne seront édifiés que lorsqu'ils sauront le montant de la commandite. La r. d. c. n'est donc en toute circonstance qu'un renvoi au reg. du c.

Ce que nous venons d'exposer s'applique également au cas où une société en nom collectif s'adjoint un commanditaire; il est vrai qu'une société en nom collectif n'est pas toujours tenue de changer son nom social du fait de l'entrée d'un commanditaire; il peut arriver que sa raison soit déjà conforme à l'art. 870 du C. O.; mais ce que nous critiquons c'est que, dans la formation de la raison sociale, il faille tenir compte de l'existence d'associés commanditaires.

II. Les mots „et Cie" indiquent encore dans notre hypothèse que, si le commandité tombe en faillite, les biens sociaux serviront de gage aux créanciers sociaux de préférence aux créanciers personnels.[1])

C'est là une différence fondamentale d'avec le commerçant sans commandite. Les créanciers ont certainement in-

[1]) Ce qui va suivre n'a trait qu'au cas où la société en commandite ne comprend qu'un seul associé indéfiniment responsable; lorsqu'elle se compose de plusieurs, ils forment entre eux une société en nom collectif qui, comme telle, est déjà soumise à une faillite séparée; la présence des commanditaires demeure donc à cet égard sans effet.

térêt à être informés de ce privilège. Mais cette différence est-elle si importante qu'il faille la faire connaître dans la raison elle-même du commerçant? Telle est la question.

Si la raison du commerçant doit indiquer les caractères essentiels de l'établissement qu'elle désigne, il est certain que c'est à la période d'activité, de production de cet établissement plutôt qu'à la période de crise, de dissolution, que ces caractères doivent être empruntés. Ce n'est pas quand la faillite est déclarée que le commerçant cherche à nouer des relations d'affaires, qu'il fait appel au crédit; à ce moment là, les tiers sont avertis, quelle que soit la raison de la société en faillite. Et quant au temps, pendant lequel la société reste solvable, la perspective d'une faillite distincte de la société est-elle un motif suffisant pour engager le législateur à donner une raison sociale à la société en commandite? Nous ne le pensons pas. Le crédit qu'on accorde à une société en commandite ne se mesure pas à la situation des créanciers dans la faillite, mais à la probabilité plus ou moins grande que cette faillite ne surviendra pas. Ce n'est pas un privilège dans la faillite, si excellent fût-il, qui engage les tiers à faire crédit à une maison, mais bien la confiance qu'ils nourrissent que cette maison fera honneur à ses engagements. Il est vrai que les créanciers sociaux n'ont pas un simple privilège; ils ont le droit de prendre part à une faillite spéciale, indépendante de la faillite personnelle au commandité. On peut théoriquement concevoir le cas d'un commerçant associé-gérant d'une société solvable et dont la faillite serait demandée par ses créanciers personnels. Les créanciers sociaux dans un pareil cas seraient couverts même si le total des dettes sociales et personnelles dépassait l'actif total; mais ce n'est certes pas cette éventualité qui élèvera le crédit de ce commerçant d'un centime. Ce cas ne se produit pas en réalité. Un associé indéfiniment responsable ne se laisse pas mettre en faillite tant que dans son commerce l'actif dépasse le passif; il y puisera de quoi satisfaire les créanciers personnels, puisque sans cela, ceux-ci amèneront indirectement la faillite ou du moins la liquidation de la

société et le priveront de la source de ses revenus. De fait crédit personnel et crédit social sont intimement liés. Dans le monde des affaires on ne distingue pas entre les engagements commerciaux, qui grèvent la fortune sociale, et les engagements personnels, pour cette raison que c'est du débiteur seul qu'il dépend d'augmenter l'une ou l'autre, de payer les créanciers personnels avec les fonds disponibles de son commerce ou les créanciers sociaux avec ses deniers personnels.

La distinction entre deux faillites n'est donc pas de nature à élever le crédit d'un commandité ; le fût-elle, qu'on pourrait encore hésiter à y voir un motif suffisant pour donner à une société en commandite le même nom qu'à une société en nom collectif; aucun motif d'ordre public n'engagerait à le faire, les tiers de bonne foi ne risquant rien à ignorer la position plus favorable qui leur est faite, le débiteur se chargerait bien de le leur apprendre.

Ce qui est certain, par contre, c'est que la séparation des deux faillites n'emporte pour les créanciers sociaux aucun désavantage qui puisse les engager à restreindre le crédit accordé au commandité.

Quant au crédit, par conséquent, la situation d'un commerçant ayant un ou plusieurs associés commanditaires, peut être assimilée pratiquement à celle d'un commerçant sans associé ; le fait que, le cas échéant, la faillite de la société sera séparée de sa faillite personnelle, important en théorie, reste sans effet pratique.

S'agissant au contraire de la société en nom collectif, le fait que tous les associés, sont tenus non seulement sur leurs apports mais sur tous leurs biens, est pour les créanciers de plus haute importance et donne au crédit de la société une base bien différente de celle du crédit d'une société en commandite. Aussi a-t-on universellement admis que la raison d'une société en nom collectif doit énoncer cette pluralité des associés et se distinguer ainsi clairement de la raison individuelle.

B. Direction des affaires.

A un autre point de vue plus important encore la société en commandite avec un seul associé indéfiniment responsable est absolument semblable à une maison individuelle; la direction des affaires dans l'une comme dans l'autre est uniquement dans les mains d'une seule et même personne, ici du chef de la maison, là de l'associé-gérant. C'est de lui seul, de ses talents et de son honnêteté que dépend le succès de l'entreprise; ce sont ses qualités personnelles qui font la fortune de la maison. C'est encore lui qui dispose en fait de l'actif de la maison, qui contracte les dettes pour la société et qui les paie; le contrôle compétant au commanditaire, qui souvent n'est pas à même de l'exercer, n'étant pas versé en affaires, est impuissant à corriger les erreurs commises; l'associé indéfiniment responsable n'est donc en fait pas moins libre que le commerçant isolé. Quelle que soit la situation juridique que la doctrine assigne à l'associé quant à ses droits sur la fortune engagée dans son commerce, qu'on considère la société, comme telle, ou au contraire l'associé-gérant, à l'exclusion du commanditaire simple créancier du premier, comme le propriétaire de cette fortune, toujours est-il qu'en fait c'est le commandité qui est le maître de la fortune.[1])

---

[1]) Cela posé, il est permis de se demander si la seule différence réelle entre une société en commandite (ayant un seul commandité) et un commerçant isolé, à savoir la séparation de la faillite sociale d'avec la faillite personnelle du gérant, est rationnelle, si le fait par un commerçant de prendre un commanditaire doit logiquement avoir cette conséquence. Nous avons dit plus haut que l'apport d'une commandite n'est pas autre chose aux yeux des créanciers q'un accroissement de fortune de leur débiteur, comme le serait un héritage, une donation etc. Ce sont là des évènements économiques dont les tiers prendront bonne note mais dont aucun n'est de nature à justifier une modification des principes qui régissent la faillite du commerçant. Cette modification est sans doute favorable aux créanciers, mais on ne voit pas pourquoi la même faveur ne serait pas accordée aux créanciers d'autres commerçants. L'intérêt des créanciers exige seulement que la somme que le commanditaire s'engage à verser ne soit pas soustraite à leur action, que le commanditaire ne concoure pas avec eux dans la faillite du commandité, mais ils ne peuvent pas raisonnablement exiger que, parce que leur débiteur

Le fait que c'est l'associé indéfiniment responsable seul qui gère les affaires n'est pas important pour les créanciers seulement, il l'est davantage encore pour les *clients* de la maison; la qualité des marchandises livrées ou des services rendus par un établissement dépend avant tout des qualités personnelles du chef de l'entreprise; c'est la confiance que leur

---

a pris une commandite, ce qui constitue déjà un avantage pour eux, les biens mis en société servent à leur paiement de préférence aux créanciers personnels. Il n'y a aucun lien logique entre ces deux principes de droit. Nous venons d'ailleurs de voir que cette distinction des deux faillites constitue pour eux un maigre avantage qu'ils ne songeraient sans doute pas à revendiquer si la loi ne le leur accordait pas. La faillite de la société, à côté de la faillite personnelle, n'est en fait pas autre chose que la faillite *commerciale* en opposition à la faillite privée. La fortune sociale, actif et passif, n'est que la fortune commerciale du commandité distincte par cette qualité seule de la fortune privée. On pourrait avec autant de raison séparer dans la faillite de chaque commerçant la fortune commerciale d'avec la fortune privée pour réserver la première par privilège aux créanciers commerciaux. La chose ne présenterait pas plus de difficultés dans le second cas que dans le premier.

Afin de n'être pas réduit à une simple hypothèse, j'ai adressé aux principaux offices des faillites de la Suisse la question de savoir comment dans la faillite d'une société en commandite avec un seul commandité la fortune sociale était tenue distincte de la fortune personnelle de l'associé-gérant; les quelques offices qui ont eu à traiter ce cas ou des cas analogues ont tous répondu que c'était une question de fait; qu'en première ligne on consultait les livres de comptabilité, qu'on recherchait la destination des biens constituant l'actif suivant les circonstances concrètes de chaque espèce, qu'il n'existait pas de critère certain et applicable dans tous les cas. Ces réponses confirment donc l'opinion émise plus haut. En effet, lorsqu'un commerçant reçoit une commandite, il ne s'opère pas dans ses biens une séparation réelle, physique entre les biens sociaux et les biens personnels. Cette distinction n'est qu'idéale. Ce n'est pas un signe extérieur qui fait reconnaître les uns et les autres, mais le fait qu'ils sont au service de la société, c'est-à-dire qu'ils servent au but que poursuit cette société, au commerce qu'elle exploite. Cette délimitation idéale se trouvera dans les livres du commanditaire ou de l'associé-gérant, si ces livres sont régulièrement tenus; il n'y a d'ailleurs pas lieu de supposer que le commerçant qui s'est associé un commanditaire tienne mieux ses livres que celui qui travaille seulement pour son compte.

A notre avis il faudrait donc traiter les deux cas de la même manière: dans l'un et l'autre accorder ou refuser aux créanciers commerciaux le privilège d'une faillite séparée.

inspire la personne de ce dernier qui détermine les clients à s'adresser à sa maison plutôt qu'à une autre. Ils ont un intérêt légitime à être avertis par un changement de la raison sociale du fait que le propriétaire du commerce a formé avec une autre personne une société en nom collectif ou que de deux associés, l'un s'est retiré des affaires dont l'autre reprend seul la suite. C'est aux clients de la maison avant tout que la r. d. c. s'adresse et c'est à leur intention que la loi exige, avec raison, qu'elle fasse voir s'il y a société ou non.

Sur ce point essentiel la société en commandite diffère de la société en nom collectif; ici ce n'est plus un seul associé qui gère les affaires de la société, mais plusieurs. Et si les tiers, clients et créanciers, avaient intérêt à connaître le nom de l'associé-gérant de la société en commandite, il est pour eux d'un égal intérêt de connaître les noms de tous les associés en nom collectif. Les qualités morales et les connaissances techniques de chacun d'eux contribuent à donner à l'entreprise son caractère particulier; le fait de l'association donnera aux qualités de chacun des associés une valeur nouvelle. Qu'on considère donc l'établissement, comme le font ses créanciers, au point de vue de son rendement financier ou, comme le font les clients, de son utilité économique, il importe toujours de connaître les personnes qui sont à la tête de la maison, mais il est indifférent de savoir si le capital de roulement provient d'une commandite ou non.

La r. d. c. si exacte soit elle ne pourra jamais dispenser de consulter le reg. d. c. En voulant lui faire trop dire, on l'empêche de dire l'essentiel; en voulant distinguer la raison de la société en commandite de la raison individuelle, on la confond avec la raison sociale ppt. dite.

Le système que nous proposons consiste à ne tenir compte dans la formation de la r. d. c. des sociétés en commandite que des associés indéfiniment responsables et non des commanditaires; les sociétés avec un seul commandité auraient une raison individuelle (art. 867 du C. O.); celles qui en ont plusieurs seraient traitées comme les sociétés en nom collectif (art. 869, 871). L'article 870 tomberait.

Il est clair que la constitution d'une commandite qui emporte pour le commerçant des obligations précises vis-à-vis des tiers doit être publiée, mais il suffit pleinement qu'elle le soit dans le reg. du c. et dans la f. o. s. du c. pour qu'elle parvienne à la connaissance des créanciers (qui ne pourront d'ailleurs s'en prévaloir qu'en cas de faillite du commandité) et pour que l'étendue des obligations du commanditaire soit à l'abri de tout doute.

Notre système aurait encore les avantages suivants: Les commerçants seraient dispensés de modifier leur r. d. c. lorsqu'ils s'associent un commanditaire; le commerçant isolé conserverait sa raison individuelle, — la société en nom collectif sa raison sociale, ce qu'elle ne peut pas toujours faire aujourd'hui. Et cela paraît juste; en vertu de quel principe contraint-on p. ex. la maison *Lenoir frères* à changer sa raison, lorsque la société prend le fils d'un des chefs comme commanditaire? C'est d'une rigueur parfaitement inutile.

D'un autre côté, l'innovation proposée couperait court à un abus assez fréquent aujourd'hui. Il n'est pas rare de voir des commerçants restés seuls à la tête d'un établissement dont la r. d. c. a de la notoriété, prendre une commandite de quelques centaines ou milliers de francs dans le seul but de pouvoir conserver l'adjonction „et Cie.“ Il est clair que la vérité d'une pareille r. d. c. est purement fictive.

Le principe que nous recommandons n'est d'ailleurs pas neuf; il était sanctionné dans le code civil zurichois dont le § 1330 statuait: „La société en commandite n'a pas besoin d'une raison sociale. Il ne peut en tout cas y figurer le nom d'un commanditaire“ (v. Commentaires de Bluntschli et d'Ullmer au § 1330).

Le code civil révisé de la Lousiane de 1875, Art. 2849 suit exactement le système que nous proposons (v. plus bas).

4. Société anonyme.

Si les éléments de la question que nous venons de traiter étaient fournis par la nature même de la raison sociale et de la société commerciale qu'elle désigne, il se présente, quant à la

formation des *raisons anonymes*, une autre difficulté qui consiste moins à trouver le principe juridique vrai, qu'à le formuler d'une façon heureuse.

L'article 873 C. O. dispose: „Les sociétés anonymes sont libres de choisir leur raison sociale comme elles l'entendent, à charge d'adopter une désignation qui les distingue nettement de toute autre raison déjà inscrite et qui ne contienne pas le nom d'une personne vivante" (en allemand: „einer bestimmten lebenden Person").

La pensée du législateur n'est pas difficile à pénétrer: la raison d'une société anonyme ne doit pas renfermer le nom de personne qu'on pourrait prendre pour des associés personnellement responsables; le législateur voulait que la raison d'une société anonyme s'annonçat à première vue comme telle. Mais cette pensée est mal exprimée; l'expression est à la fois trop étroite et trop large. Il ne suffit pas de dire que le nom d'une personne *vivante* ne doit figurer dans une raison anonyme; il est facile d'imaginer des noms qui n'appartiennent en réalité à aucune personne vivante, mais que le public, qui ne peut le savoir, prendra pour les noms des associés responsables; un nom purement fictif ne fera pas croire, il est vrai, aux tiers qu'une personne déterminée, qu'ils connaissent, soit à la tête de la maison, et comme on n'a pas l'habitude de faire crédit à un nom dont on ne connaît pas le porteur et qu'on ne prête guère à un inconnu, l'emploi de noms fictifs paraît assez inoffensif; en s'informant de la solvabilité de la personne nommée dans la raison, les bailleurs de fonds apprendraient qu'elle n'existe pas.

Mais ce n'est pas seulement l'usurpation du nom et du crédit des personnes vivantes que le législateur voulait prévenir; il entendait aussi donner aux sociétés anonymes une r. d. c. qui se distinguât à première vue et en elle-même de celles des autres sociétés. Et c'est ce qui n'est pas le cas d'une raison qui contient le nom d'une personne même non vivante; les tiers s'imagineront avoir affaire à une société en nom collectif ou en commandite. Il se peut fort bien qu'à l'heure qu'il est il n'y ait aucune personne du nom de Stanislas

Lenoir et pourtant il serait certainement contraire à l'esprit de la loi d'appeler de ce nom une société par actions. Beaucoup de personnes en viendraient à croire qu'un Stanislas Lenoir qu'elles ne connaissent pas est le chef de la maison.

D'ailleurs comment s'assurer si réellement une personne de ce nom existe? Les moyens d'investigation manquent au préposé au registre et qu'est-ce qui garantit qu'un jour il n'apparaisse quelqu'un qui s'appelle ainsi?

D'autre part, le critère posé à l'art. 873, interprêté strictement, restreint outre mesure l'emploi de noms de personnes dans les raisons anonymes. Nous ne parlons pas des noms mythologiques ni même historiques, quoiqu'ici la limite puisse être difficile à tracer; les tribunaux décideront si une confusion avec des personnes portant actuellement des noms de personnages historiques est à craindre. Mais les termes absolus de l'art. 873 paraissent même exclure l'emploi de noms personnels pour désigner l'*objet* du commerce ou de la fabrication. La jurisprudence du Conseil fédéral s'est prononcée, il est vrai, pour l'interprétation extensive et a toujours admis dans les raisons anonymes des formules comme celles-ci: *Système Edison; Brevets X* etc. Dès que le rôle purement objectif du nom des personnes apparaît clairement, cet usage est sans danger.

Le législateur pourrait donc prescrire, en se basant sur leur fonction logique dans l'ensemble de la raison, que les noms de personnes ne doivent figurer dans la raison sociale que pour autant qu'ils désignent l'objet de l'entreprise, mais non pour caractériser la personne du propriétaire actuel ou précédent. Ainsi on admettrait des raisons comme: *Aktiengesellschaft für die Fabrikation Reishauer'scher Werkzeuge. Société de Léopold Robert, Société de la rue Calame, Société pour l'exploitation du brevet X.* On aurait ainsi un critère logique, mais dont l'application n'en serait pas moins difficile. Dans une foule de cas le nom de l'ancien propriétaire de l'établissement reste attaché à cet établissement; la société anonyme qui lui succède s'en sert pour désigner le produit fabriqué ou la méthode de fabrication sans pourtant que cette significa-

tion soit devenue générique. Voici des exemples: *Aktiengesellschaft der von Moos'schen Eisenwerke; Fabrik von Maggi's Nahrungsmitteln, Aktiengesellschaft; Société du collège Gaillard; Société de la fabrique d'horlogerie J. J. Ballollet, Genève; Société farine lactée Henri Nestlé; Société anonyme de l'Institut Raoul Pictet.*

La limite serait difficile à fixer entre les cas où le public ne peut voir dans le nom de personne qu'une désignation plus précise de l'établissement ou du genre de commerce et ceux où ce nom désignerait plutôt des personnes à la tête du commerce.

Une autre considération parle en faveur d'une tolérance plus grande à l'égard des noms de personnes; les sociétés par actions qui ont succédé dans l'exploitation de leur établissement à un propriétaire unique ou à une société commerciale tiennent à rappeler cette origine, afin de se distinguer des établissements similaires et de rester au bénéfice du renom de l'ancienne maison. Cet intérêt est légitime à condition que pour les tiers il ne soit pas douteux que la raison actuelle appartient à une société anonyme.

Les sociétés anonymes, dira-t-on, ont pour arriver à ce but, le moyen que leur offre l'art. 874; elles peuvent faire à leur raison une adjonction (Zusatz) indiquant à qui elles succèdent. Ce procédé aurait toutefois pour conséquence de rendre leurs r. d. c. démesurement longues et peu élégantes; dans certaines industries des motifs d'ordre technique exigent l'usage de raisons relativement brèves. Si les noms des prédécesseurs ne peuvent figurer que dans une adjonction à la raison, il faudra former tout d'abord pour satisfaire à la loi, la raison proprement dite, à laquelle on ajouterait l'adjonction en question. Le public suivant la loi du moindre effort, s'habituerait à appeler la société ou bien par sa raison proprement dite sans se soucier de l'adjonction qui perdrait ainsi sa raison d'être, ou bien par l'adjonction seulement et alors le caractère anonyme de la société s'effacerait. Or, pour concilier l'intérêt du public de n'être pas induit en erreur sur la nature de la société et celui de ces sociétés mêmes qui

est de conserver dans leur raison le nom du propriétaire précédent ou d'une personne connue dans l'histoire de leur établissement, il suffit de poser la règle que toutes les sociétés anonymes doivent insérer dans leur raison les mots de: *Société anonyme* ou *société par actions* ou simplement les lettres S. A., comme le prescrit le futur c. de c. allemand et actuellement déjà la loi anglaise (limited). Ces mots ou ces lettres devront être écrits avec les mêmes caractères que le reste de la r. d. c. Ainsi les sociétés anonymes se distingueraient nettement par leur raison sociale des autres sociétés tout en conservant d'ailleurs quant au choix de leur raison la plus grande liberté possible. Tant qu'on n'exigera pas d'elles cette mention on devra choisir entre un purisme excessif dans la formation de la raison et une tolérance qui mènerait à l'arbitraire dans la jurisprudence et à la confusion dans l'esprit du public.

5. Adjonctions.

L'art. 867 du C. O. permet à celui qui est seul à la tête d'une maison, d'adjoindre à sa r.d.c. des indications de nature à désigner d'une façon plus précise sa personne ou le genre de ses affaires.[1])

Cette faculté, qui en pratique est accordée à *toutes* les r. d. c., individuelles, sociales et anonymes, a été entendu jusqu'à présent dans un sens large; on a admis toutes sortes d'adjonctions au gré du commerçant sans exiger qu'elles désignent précisément sa personne ou le genre de ses affaires (le texte allemand semble d'ailleurs être moins catégorique à cet égard en ne parlant que de „Geschäft" non de: „Natur des Geschäftes," expression qui correspondrait plus exactement au terme français). La Chambre des recours de Zurich avait prononcé dans un arrêt du 15 juillet 1891 (Handelsrechtl. Entsch. X, pag. 298) qu'un nom de fantaisie ne pouvait pas être accolé comme adjonction à une r. d. c. (dans l'espèce il s'agissait des mots: *Café du Théatre*), parce qu'il ne

---

[1]) Nous laissons de côté, parce qu'elle joue un rôle différent, l'adjonction servant à exprimer la qualité de succeseur.

servait pas à désigner d'une façon plus précise le genre d'affaires. Le tribunal de commerce décida en sens contraire dans la même espèce par un arrêt du 9 mars 1894 (v. loc. cit. XIII, page 122).

Sans nous demander laquelle de ces deux opinions est la meilleure, constatons seulement que la distinction que la Chambre des recours voulait établir serait bien subtile. Quelles désignations sont de pure fantaisie et quelles autres désignent l'objet du commerce ou le lieu de son établissement? Les inconvénients que présentent les adjonctions de fantaisie se retrouvent d'ailleurs à un moindre degré dans toutes les espèces d'adjonctions.

De lege ferenda la question se pose de savoir s'il ne serait pas préférable d'exclure toute adjonction quelconque de la r. d. c. qui ne resterait composée que des seuls noms des commerçants avec, pour les sociétés, une adjonction indiquant la pluralité des associés; une exception ne serait faite que dans le cas prévu à l'art. 868, où un commerçant est *obligé* de faire une adjonction à son nom personnel afin de se distinguer nettement d'une maison déjà inscrite.

L'avantage de ce système serait que l'adjonction, n'ayant plus que cette fonction spéciale que lui assigne l'art. 868, servirait d'autant mieux son but qui est de distinguer nettement les raisons de commerçants portant le même nom. En effet, une fois établi que l'adjonction n'est pas permise si la loi ne la prescrit expressément, le public en voyant l'adjonction en conclura qu'il existe une autre raison identique à la première sauf cette adjonction et se gardera dès lors de confondre *Jean Duval, banquier* avec *Jean Duval* tout court. Aujourd'hui, un pareil raisonnement serait téméraire, puisque tout le monde peut, même sans nécessité, ajouter à son nom des accessoires tels que „*banquier*,“ „*escompte*,“ etc. Ces adjonctions étant fort fréquentes, le public n'y prend pas garde et risque de confondre le premier *Jean Duval*, qui n'a que son nom comme r. d. c., avec le second qui y ajoute le mot *banquier*.

Autre considération: La r. d. c., quel que soit d'ailleurs le principe suivi quant à la vérité des noms commerciaux, ne

doit pas contenir d'énonciations propres à induire le public en erreur sur la nature et la qualité des services économiques qu'il peut attendre de la maison qu'elle désigne; le législateur doit veiller à ce que des déclarations mensongères ou inexactes ne figurent pas dans une r. d. c. Quant aux mentions évidemment fausses le préposé au registre doit refuser d'office de les inscrire, le principe de la vérité s'appliquant évidemment à toutes les parties de la r. d. c.; mais le plus souvent l'inexactitude de ces adjonctions n'apparaît pas à première vue et le préposé n'est pas à même de la constater; c'est le cas de la plupart de ces adjonctions qui, dans un but de réclame, attribuent au commerçant ou à ses produits une qualité spéciale; elles devraient être exclues de la r. d. c. Il n'entre pas dans les fonctions d'un préposé de s'assurer, par exemple, si une société anonyme a le droit de se dire la première fabrique de tabac sans nicotine. (v. Reichsgericht C. S. III page 166.) Le préposé risque donc d'inscrire des énonciations fausses ou exagérées étrangères en tout cas à la notion légale de la r. d. c.[1])

C'est là un abus qu'il serait bon de réprimer et le meilleur moyen serait de supprimer toutes les adjonctions sous réserve du cas prévu à l'art. 868.

Au point de vue du rôle logique qu'elles jouent dans la r. d. c. les adjonctions en usage aujourd'hui sont de deux sortes: Les unes ne sont que l'accessoire du nom de personne qui forme le corps de la raison commerciale; elles donnent à la personne du commerçant quelque signe distinctif qui empêche de le confondre avec un homonyme; ce sont des termes génériques qui jouent vis-à-vis du nom de personne le rôle d'adjectifs qualificatifs, p. ex. *Jean Lenoir, ramoneur,* ou *Henri Lerouge, à Sion,* ou encore *Paul Leblanc, aîné.* Ces adjonctions ne sont que les satellites du nom de personne, qui à lui seul désignerait imparfaitement le commerçant; elles forment un tout logique avec ce nom et ne sauraient être comprises sans lui. Les r. d. c. ainsi

[1]) Un exemple de cet abus de l'adjonction se trouve: f. o. s. du c. 1896 page 944: „Albert Bremiker, Arzt, Privatpoliklinik, Heilanstalt, Helvetia-droguerie in Glarus."

formées peuvent dès lors aussi être traitées en droit comme des unités indivisibles. Le titulaire de la raison *Paul Leblanc, aîné* ne peut se prétendre lésé par l'inscription de la raison *Paul Leblanc* et inversément, *Jean Lenoir, ramoneur,* ne pourra défendre à son concurrent *Paul Leblanc* de faire suivre égalément son nom du mot *ramoneur;* en effet dans les deux cas les raisons prises dans leur ensemble se distinguent suffisamment l'une de l'autre.

Ces adjonctions ne rompent donc pas l'unité juridique de la r. d. c., quoiqu'elles puissent être inutiles et même abusives (p. ex. si elles sont inexactes).

Il n'en est pas de même d'une autre catégorie d'adjonctions (et c'est la plus nombreuse) qui jouent à côté du nom de personne un rôle indépendant; elles n'ont pas seulement pour but de dissiper dans l'esprit du lecteur les doutes que le nom de personne pourrait laisser sur l'identité du titulaire; elles sont au contraire, aux yeux du commerçant comme du public, une seconde dénomination donnée à l'établissement qui dans la bouche de ses clients remplace souvent la première. Telles sont les adjonctions: „*Jean Lenoir, cordonnerie populaire*“ ou bien „*Paul Leblanc, au Chat botté*“ etc. C'est souvent la partie de la r. d. c. la plus originale, qui frappe le plus l'esprit des consommateurs et se grave le mieux dans leur mémoire, celle par conséquent à laquelle le commerçant tient le plus. Aussi, entend-il s'en réserver l'usage exclusif. Ce n'est plus seulement la raison dans son ensemble qu'il est interdit à d'autres d'imiter, c'est aussi l'adjonction toute seule. Lenoir verrait avec raison un acte de mauvaise foi dans le fait par un concurrent, quel que soit d'ailleurs son nom patronymique, d'appeler son magasin *cordonnerie populaire*. En effet, l'adjonction absorbant tout l'intérêt du lecteur et étant souvent prise seule entraînerait des confusions entre des raisons d'ailleurs suffisamment distinctes, ainsi: „*Jean Lenoir, cordonnerie populaire*“ et „*Paul Lenoir, cordonnerie populaire*“ risqueraient fort d'être pris l'un pour l'autre. D'autre part le même commerçant se récrierait sans doute si un autre même sans cette adjonction, adoptait exactement ses noms de

famille et de baptême comme nom commercial. Et pourtant en vertu des principes formels qui doivent régir cette matière et qui veulent que la r. d. c. soit considérée comme un tout indivisible, le nom commercial de ses concurrents se distinguerait suffisamment du sien. Ces adjonctions, que nous appellerons simplement des enseignes, rompent donc l'unité de la r. d. c. Celle-ci ne forme plus, pour emprunter une expression au droit des choses, *un* objet composé, mais *deux* objets distincts; sur chacune de ses parties le titulaire a un droit spécial, indépendant. Il s'en suit que le juge chargé de décider si une r. d. c. se distingue suffisamment d'une autre ne peut plus les considérer comme des unités, mais sera obligé de les disséquer et de rechercher si aucune de leurs parties ne ressemble à tout ou partie de la raison d'un autre. Actuellement le préposé ne fait pas ce travail et n'a pas à le faire; il se contente de la comparaison toute extérieure des r. d. c. dont on lui demande l'inscription, laissant aux intéressés le soin de demander l'intervention du juge s'ils se croient lésés dans leurs droits.

Une r. d. c. (nous ne parlons pour le moment que des raisons non anonymes) formée d'un nom personnel et d'une enseigne, n'est pas seulement divisée en deux parties distinctes; ces deux parties sont encore, au point de vue juridique, fort disparates. Elles jouissent chacune d'une protection légale particulière; les droits que le commerçant peut avoir sur l'une et sur l'autre sont régis par des principes différents, et voici en quoi:

La r. d. c. ppt. dite, c'est-à-dire celle qui ne renferme pas d'enseigne, n'existe en droit qu'après son inscription et par son inscription au reg. du c. Le commerçant qui ne s'est pas fait inscrire est au bénéfice de la protection que la loi accorde à son nom patronymique, mais il n'a pas de r. d. c. Il peut dès lors demander au juge d'interdire à un concurrent *qui n'y a pas droit* l'emploi de son nom patronymique, même si ce dernier l'avait pris et inscrit comme sa raison commerciale, Art. 876, al. 2. C. O. (cf. Reichsgericht vol. VII p. 280 dans la cause Johann Maria Farina contre Franz Maria Farina

et vol. XXV p. 6 dans la cause Johann Faber). Mais si un *homonyme* inscrit comme r. d. c. exactement les mots qui constituent le nom commercial dont se servait jusqu'alors, depuis longtemps peut-être, un autre commerçant, ce dernier ne pourra s'y opposer. Le premier inscrit a acquis un droit immuable et exclusif sur sa r. d. c., si l'inscription était d'ailleurs légale; il peut en faire interdire l'usage à tout autre, même au possesseur de bonne foi (art. 876 al. 1).

Cet effet de l'inscription, plus dur en apparence qu'en réalité dans les pays qui ont consacré le principe de la vérité des r. d. c., est une conséquence nécessaire de l'obligation imposée par la loi à chaque concurrent de se faire inscrire au reg. du c. du lieu où il a son principal établissement. Ceux qui contreviennent à cette prescription ne sont pas recevables à se plaindre d'avoir été prévenus par quelqu'autre. L'équité exige d'ailleurs cette solution; en effet, ceux que la loi oblige à prendre leur nom comme r. d. c. n'en ont pas le libre choix et ne sont probablement pas de mauvaise foi en déclarant une r. d. c. qu'un autre s'était peut-être déjà proposé de déclarer comme sienne. Ces principes formalistes auraient des inconvénients pour les sociétés en nom collectif si elles passaient comme les sociétés anonymes par une période relativement longue de fondation. Mais leur fondation se dérobe aux yeux des tiers et au moment de révéler au public leur existence en commençant les affaires, elles peuvent faire inscrire leur raison sociale. Si elles attendent plus longtemps pour le faire, elles ne sont pas fondées à se plaindre de ce qu'un tiers l'ait inscrite à son nom dans l'intervalle. D'ailleurs si leur raison est nouvelle, ils n'éprouvent pas de préjudice appréciable à la changer.

La société anonyme au contraire est obligée pendant toute la période qui précède son inscription d'avoir un nom sous lequel elle puisse accomplir les actes constitutifs de sa fondation et qui la qualifie à l'égard des tiers. Il serait injuste de la priver pendant ce temps de toute protection légale; la société anonyme ou l'association serait de mauvaise foi qui, pouvant choisir librement le nom qui lui convient,

s'arrogerait par une inscription antérieure précisément celui qui est connu pour appartenir déjà à une autre. Cette différence de fait que les sociétés anonymes peuvent choisir entre un nombre presqu'infini de dénominations, tandisque les raisons nominatives sont imposées, sauf quelques variantes, par la loi, justifie la différence de droit que l'inscription des premières, de même que celle des marques de fabrique, ne doit avoir qu'un effet déclaratif, tandisque l'inscription des secondes est attributive de propriété.

Qu'en est-il de l'enseigne employée comme adjonction à la r. d. c.? Le commerçant acquiert-il par l'inscription le droit de s'en servir, ou crée-t-il en sa faveur une présomption?

Les enseignes sont des dénominations librement choisies et souvent de pure fantaisie; mais à la différence des r. d. c., la loi n'en exige pas l'inscription et elle ne fait pas dépendre de cette formalité la protection qu'elle leur accorde; l'enseigne peut au contraire être l'objet d'un droit sans être inscrite. L'inscription de l'enseigne comme partie intégrante de la r. d. c. ne peut donc être attributive de propriété en faveur de celui qui l'a requise ni priver de son droit celui qui possédait l'enseigne, c'est-à-dire qui s'en servait publiquement avant lui. L'inscription ne crée pas même en faveur du premier inscrivant une présomption; si une contestation s'élève sur la propriété de cette enseigne, celui qui est fondé à invoquer une possession plus longue l'emporte sur l'autre. L'inscription n'a donc d'autre effet que d'établir la date certaine à laquelle remonte la possession publique de cette enseigne par le commerçant au nom duquel elle est inscrite; mais elle ne fait même pas présumer, comme c'est le cas pour les marques de fabrique, qu'à ce moment-là le commerçant ait été le possesseur légitime de l'enseigne. L'avantage résultant de l'inscription n'était donc point dans l'intention du législateur et peut être qualifié à cet égard comme purement fortuit. Ce n'est pas parce que l'enseigne fait partie de la r. d. c., mais parce qu'elle a été inscrite, à n'importe quel titre, dans le registre que le commerçant se trouve en état de fournir cette preuve au procès; l'effet serait absolument le même si l'enseigne, sans faire partie de la r. d. c., était

inscrite à titre de renseignement, pour désigner plus exactement soit le genre d'affaires soit le domicile du commerçant. Le tribunal fédéral n'attache aucune importance à la circonstance qu'une enseigne fait ou non partie de la r. d. c.[1])

Ainsi, le propriétaire de l'hôtel Bellevue n'a aucun intérêt à faire inscrire au reg. du c. *Jean Duval, Hôtel Bellevue,* comme r. d. c. plutôt que *Jean Duval* et d'y ajouter comme genre de commerce *exploitation de l'Hôtel Bellevue.*

Cela ne l'empêchera pas d'annoncer le nom de son établissement partout et de toutes les manière qu'il jugera convenable avec ou sans son nom personnel.[2])

L'enseigne a donc son droit propre, conforme à sa nature, qu'elle fasse ou non partie intégrante de la r. d. c.; les règles qui la régissent ne sont pas celles des r. d. c. mais celles de la concurrence déloyale; les premières sont formalistes et rigoureuses, excluant toute appréciation des faits et toute controverse; les secondes, au contraire, sont fondées sur l'équité et ne peuvent être appliquées sans tenir compte des circonstances spéciales à chaque éspèce.

L'élégance juridique voudrait assurément que l'enseigne fût exclue de la r. d. c. et si l'on pouvait définir exactement la notion de l'enseigne, il faudrait adopter cette règle. Mais il serait bien dificile, surtout aux préposés, de distinguer ce que nous avons appelé une enseigne, c'est-à-dire une dénomination de fantaisie, d'une adjonction qualificative. Et quant à interdire toute adjonction, cette mesure nous semble trop rigoureuse. Les enseignes n'ont, à la vérité, que faire dans les r. d. c., mais les inconvénients de l'usage que nous critiquons

---

[1]) Voir arrêts du trib. féd. du 4 sept. 1891 Christen-Kesselbach c. Danioth, vol. XVII, p. 512 et du 6 oct. 1894, Tresch c. Indergand, vol. XX p. 902. La r. d. c. du défendeur est inscrite sous la forme originale que voici: „F. Indergand +-,“ f. o. s. du c. 1893, p. 201.“

[2]) Nous pensons dès lors que la création d'un registre des enseignes analogue au registre des marques de fabrique ne répondrait pas à un besoin bien vivement senti; le seul avantage qu'on pourrait en attendre serait de faciliter la preuve de la première possession; mais comme l'enseigne s'adresse par destination au public, cette preuve n'est en général pas difficile à faire avec les moyens ordinaires.

sont après tout plus théoriques que pratiques. Pour les autres adjonctions les désavantages que nous avons signalés sont compensés par les avantages qu'a pour le commerçant la liberté de composer sa r. d. c. comme il l'entend. Un commerçant peut avoir un intérêt éminent à créer entre sa raison et celle d'un concurrent une différence plus marquée que celle qui résulte p. ex. des seuls prénoms; il ne lui suffira pas de s'appeler *Jean Duval* si son concurrent signe *J. Duval,* quoique la loi n'en demande pas davantage (art. 868); il voudra une divergence plus apparente, et c'est au moyen de l'adjonction qu'il remèdiera aux dangers de l'homonymie. Il convient de laisser à chacun la plus grande liberté possible à cet égard. Les adjonctions propres à induire le public en erreur sont l'exception; ce n'est pas sous cette forme que la concurrence déloyale est le plus fréquente. L'essentiel, en définitive, est que les r. d. c. soient assez dissemblables pour prévenir toute confusion.

Pour obvier aux adjonctions inexactes faites dans un but de réclame, l'examen du préposé, nous l'avons reconnu, ne suffit pas; mais la difficulté n'est pas spéciale au domaine des r. d. c.; le besoin de réprimer la réclame mensongère se fait sentir d'une manière générale. Il est vrai que pour atteindre cet abus partout où il se produit, l'action en concurrence déloyale, telle qu'elle est définie par la jurisprudence actuelle est d'un faible secours. Le trib. féd., en effet, ne reconnaît qualité pour intenter l'action qu'à ceux qui se fondent sur un droit individuel et justifient d'un intérêt direct et personnel (le trib. féd. parle d'un intérêt „juridique," v. arrêt du 20 mai 1893, Ricqlès & Cie c. Bonnet & Cie, XIX, 248). Or, à moins que le titulaire de la raison abusive ne fasse usage d'une dénomination appartenant à quelque concurrent, personne n'a qualité pour lui faire interdire les adjonctions mensongères. Pour que ces manoeuvres déloyales puissent être déjouées il faut admettre tout concurrent à intenter l'action en concurrence déloyale. C'est ce qu'a fait la loi allemande du 1er juillet 1896 qui donne à chaque concurrent et même aux sociétés représentant les intérêts de l'industrie et du commerce, le

droit de faire interdire à un commerçant toute publication ou communication[1]) inexacte en fait et de nature à montrer les offres sous un jour plus favorable. Quand les commerçants auront compris l'éfficacité de l'action mise à leur disposition ils s'en serviront pour réprimer tous les moyens déloyaux d'attirer la clientèle, sauvegardant du même coup les intérêts du public et les leurs.

II.

Raisons homonymes. Système de l'enregistrement pur et simple et système de l'examen préalable.

Si les critiques précédentes s'adressaient aux règles du C.O. sur la formation de la r. d. c. celle qui va suivre a pour objet les principes qui président à son inscription.

Le préposé au registre a l'obligation (art. 868 et 875) de veiller d'office à ce que toutes les raisons nouvelles se distinguent nettement de celles qui sont déjà inscrites. Si un commerçant déclare une raison qui ne se distingue pas nettement de celle d'une autre maison, le préposé exigera de lui qu'il y ajoute une adjonction caractéristique.

De ce système résultent deux inconvénients:

Le premier c'est que toutes les r. d. c. d'une même localité devant se distinguer l'une de l'autre, la différence qui sépare est pour les noms patronymiques quelque peu répandus nécessairement très petite et n'empêche pas de fréquentes confusions.

Le second, c'est que la r. d. c. n'exclut une raison identique ou très semblable que dans la même localité; dans une localité voisine, un concurrent fera inscrire une raison identique, ce qui facilite évidemment les manoeuvres déloyales.

Quant à la difficulté de distinguer les raisons formées du même nom patronymique, elle est due à l'existence des homonymes; l'homonymie ne pouvant être supprimée, il faut

---

[1]) Unrichtige Angaben thatsächlicher Art, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, welche für einen grösseren Kreis von Personen bestimmt sind.

s'en accommoder. Mais la loi en exigeant que chaque raison nouvelle se distingue de *toutes* celles qui existent déja dans la même localité dépasse le but; elle s'impose, sans nécessité une tâche trop difficile. En réalité, il n'est nullement nécessaire que toutes les r. d. c. d'une localité se distinguent les unes des autres; tout ce à quoi les commerçants ont intérêt, c'est que les noms des maisons de la *même branche d'industrie* ne soient pas confondues. Il est évident qu'un épicier n'éprouvera aucun préjudice de ce qu'un horloger aura pris le même nom commercial que lui, il n'y a aucun risque que les clients de ces deux établissements soient induits en erreur par cette similitude. Or, dans une seule et même industrie, le cas d'une parfaite homonymie arriverait moins souvent, il serait dès lors plus facile aussi à l'un des deux homonymes de trouver un signe distinctif sans pourtant s'écarter trop de son nom de famille; le juge ne se contenterait pas de différences presque imperceptibles comme celle consistant à abréger à divers degrés le prénom.

Nous disons que cette imperfection est inhérente au système suivi chez nous; il serait impossible au préposé au registre de classer les commerçants d'après le genre de leurs affaires pour n'appliquer la règle de l'art. 868 qu'à l'intérieur de chaque classe. On ne saurait ni obliger les commerçants à s'en tenir à la classification établie par le préposé au registre, ni les empêcher de passer d'une classe à l'autre, quand bon leur semblerait, ce qui nécessiterait à chaque fois un changement de la r. d. c. Cette classification est possible pour les marques de fabrique qui ne s'appliquent qu'aux marchandises et dont chaque commerçant peut posséder sans inconvénient un grand nombre; mais les personnes ne se laissent pas classer comme es choses. Si la ressemblance des raisons nouvelles avec celles qui sont déjà inscrites est examinée d'office, il est impossible de tenir compte du genre de commerce qu'exerce le propriétaire.

Nous préférerions dès lors décharger le préposé au registre de cette tâche et ne faire porter son examen que sur l'observation des règles qui concernent la formation de la raison,

sa vérité et sa clarté. L'ordre public est intéressé aussi, il est vrai, à ce qu'une r. d. c. déjà inscrite ne soit pas usurpée par un concurrent, puisque c'est non seulement le possesseur légitime de la raison mais aussi le public qui souffre des malentendus qui en résultent. Mais il est à présumer que le commerçant lésé dans ses droits se défendra contre l'usurpation et sauvegardera du même coup les intérêts du public. On pourrait donc laisser aux intéressés le soin de demander au juge la modification d'une raison dans le sens de l'art. 868. Le droit de le faire serait accordé à tout ceux qui justifieraient d'un intérêt sérieux.

Ce système, qui a été adoptée par le législateur suisse pour les marques de fabrique, aurait pour conséquence de ne rendre nécessaire la différenciation des raisons nouvelles d'avec les anciennes que là où la similitude des noms provoquerait un conflit d'intérêts. D'un côté des distinctions inutiles entre des maison de commerce sans aucune analogie ne seraient pas exigées et de l'autre, avantage non moins considérable, lorsque des confusions se produiraient, le juge pourrait condamner l'une des deux maisons à prendre une adjonction distinctive, quel que soit leur siège respectif. La sphère de protection d'une r. d. c. s'étendrait ainsi aussi loin que la sphère d'intérêts elle-même.

D'après quels principes le juge devrait-il décider? Laquelle des deux maisons devrait céder le pas à l'autre ? C'est là une question délicate qui ne se pose pas à l'heure qu'il est : aujourd'hui celui dont la raison a été valablement inscrite ne peut être dépossédé par un concurrent qui l'aurait inscrite avant lui dans une autre localité. L'inscription procure donc un droit parfaitement sûr et immuable, des contestations sur ce point ne se conçoivent pas ; mais cet avantage n'est qu'apparent. En réalité la loi ne prévient pas les conflits, elle refuse seulement de les voir, et elle ne fournit aucun moyen de les résoudre. Si un commerçant profite de la ressemblance de sa r. d. c. avec celle d'un autre pour lui faire une concurrence déloyale, le juge ne pourra lui en interdire l'usage ou la lui faire modifier si elle a été régulière-

ment inscrite. Si l'on voulait donner au juge le droit d'enjoindre à l'une des parties de ne pas employer sa r. d. c. sans y ajouter une mention distinctive, p. ex. le siège de son établissement ainsi que l'ont souvent fait les tribunaux français, nous ne voyons pas en quoi cette solution différerait de celle que nous proposons, consistant à donner aux tribunaux le pouvoir d'ordonner à l'un des concurrent homonymes de faire une adjonction à sa r. d. c. elle-même, quoiqu'elle eût été régulièrement inscrite. En pratique cela reviendrait au même et la question de savoir auquel des deux contestants l'adjonction serait imposée se présenterait identique dans les deux cas.

A cet égard le juge aurait à suivre avant tout la règle: prior tempore potior jure et à permettre de conserver la raison actuelle à celle des deux parties qui, dans des circonstances de fait identiques, l'aurait inscrite la première.

Nous disons: dans les mêmes circonstances de fait; celui qui au moment où il avait inscrit sa raison pratiquait un autre genre de commerce et n'a embrassé l'industrie qu'il exerce actuellement qu'après que son concurrent a fait inscrire la sienne, ne peut prétendre lui imposer une modification, pas plus que celui qui a transporté le siège de son établissement dans le voisinage de son concurrent à un moment ou ce dernier était déjà le possesseur légitime de la raison, objet du litige. Par contre, la simple extension du commerce peut provoquer entre deux représentants de la même industrie une rivalité qu'aucun ne pouvait prévoir; lequel des deux devra changer son nom commercial? Il se peut que tous les deux soient de bonne foi; faut-il décider au préjudice de celui qui par l'extension de son commerce à provoqué le conflit? Cela ne serait ni juste, ni politique; moins pour ce motif que celui étend le cercle de ses affaires use de son droit, que pour cet autre que notre système est précisément fondé sur le principe que tout commerçant a droit, dans la mesure de son intérêt, à l'usage exclusif de sa r. d. c., non seulement dans la même localité mais dans toute la Suisse; dès qu'un conflit d'intérêts se produit entre deux homonymes,

mais alors seulement, la question de savoir lequel des deux a un droit préférable sur la r. d. c. se pose. On ne peut donc faire céder celui qui, vu l'extension qu'il a donné à ses affaires, dispute le terrain à son concurrent. Et pourtant il nous répugne de mettre les inconvénients d'un changement de raison à la charge du commerçant le plus faible qui s'est contenté, dès l'abord, d'une clientèle restreinte et n'aurait jamais donné lieu au conflit si son concurrent avait fait comme lui. La règle prior tempore potior jure s'appliquera ici encore, mais avec ce tempérament que le premier inscrit ne pourra demander le changement de la raison d'un possesseur de bonne foi sans lui offrir une juste indemnité. S'il ne peut s'y résoudre, il devra lui-même ajouter à sa raison le changement jugé nécessaire.

Au reste l'expérience enseigne que, s'il s'élève un conflit de ce genre entre deux commerçants, c'est presque toujours parce que l'un d'eux agit de mauvaise foi, soit en choisissant une r. d. c. identique à celle de son concurrent, soit en évitant dans l'usage qu'il en fait tout ce qui permettrait aux tiers de distinguer les deux maisons l'une de l'autre. Dans presque toutes les espèces citées par les auteurs français en matière d'homonymie, un des deux concurrents était de mauvaise foi.

La difficulté n'est donc en pratique pas si grande qu'elle le semble en théorie; la jurisprudence française ne s'en est pas effrayée et les arrêts des tribunaux montrent qu'elle s'en est rendue maître.

Le système actuel, il faut le reconnaître, a aussi ses avantages. Entre les commerçants d'une même localité, il prévient les procès, puisque le préposé au registre veille d'office à ce que toutes les raisons se distinguent suffisamment les unes des autres.

A un autre point de vue encore, il est préférable au système français ; l'usurpation d'une r. d. c. ne porte pas seulement préjudice au propriétaire de cette raison ; elle nuit à un égal degré au public, aux yeux duquel l'usurpateur voudrait se faire passer pour identique avec le propriétaire

du nom usurpé. En général, nous l'avons dit, les intérêts du public sont défendus par le concurrent menacé de perdre sa clientèle. Mais tel n'est pas toujours le cas. Il peut arriver que le titulaire d'une maison de renom se retire des affaires sans faire radier sa raison dans le registre, ou ne continue qu'un genre d'affaires en abandonnant l'autre; si un commerçant homonyme s'empare de cette r. d. c. pour faire les affaires dont le premier s'est désintéressé, le propriétaire légitime de la raison usurpée, qui aurait qualité pour intenter action, n'a pas un intérêt suffisant à le faire et la fraude reste impunie au grand détriment du public. D'après le système du C. O. ces cas ne peuvent pas se produire, du moins lorsqu'il s'agit de deux maisons établies dans la même localité (et c'est l'espèce la plus fréquente), le préposé au registre refusant l'inscription à une raison qui ne se distingue pas nettement de toutes celles déjà inscrites. L'action en concurrence déloyale telle qu'elle est définie par la loi allemande du 1[er] juillet 1896 fournirait le moyen de parer à cet inconvénient (v. page 505). Il n'est pas douteux que si le faux titulaire d'une r. d. c. réussissait à tromper le public, ses concurrents, dont le chiffre d'affaires se ressentirait directement de l'augmentation de sa clientèle, ne lui feraient interdire l'usage de cette raison. L'action en concurrence déloyale pourrait être intentée aussi bien aux commerçants d'une autre localité qu'à ceux établis au même lieu que le demandeur. Cet avantage de notre système rachèterait bien l'inconvénient résultant du fait que pour réprimer l'usurpation d'une r. d. c. il faudrait qu'un commerçant ou une association représentant leurs intérêts introduisît action en justice.

Le système du C. O. lui-même présente une lacune en ce qu'il est impuissant à empêcher l'usurpation d'une r. d. c. éteinte. Lorsqu'une maison de commerce réputée est obligée par la loi d'abandonner sa raison actuelle, il peut se faire qu'un commerçant portant ce nom profite de la radiation pour faire inscrire cette raison comme sienne. Or, d'après le droit actuel, ce fait est licite et s'il ne l'était pas, personne n'aurait qualité pour empêcher le concurrent de faire inscrire à son nom une raison

conforme au principe de la vérité et qui n'appartient pour le moment à aucun autre.

Le cas a été jugé par le Tribunal cantonal neuchâtelois le 11 janvier 1889 (Revue der Gerichtspraxis VII, N° 80). La raison *Ditisheim frères*, à la Chaux-de-Fonds, avait été radiée ensuite de la mort de l'un des chefs; le frère survivant fit inscrire la raison *Maurice Ditisheim, successeur de Ditisheim frères*, et peu de temps après, des concurrents de même nom adoptèrent la raison radiée: *Ditisheim frères*. — Maurice D. leur intenta une action aux fins de leur faire interdire l'usage de cette raison. Le Tribunal cantonal: „attendu que lorsque les défendeurs se sont associés, la maison portant cette raison (Ditisheim frères) s'était dissoute, que le droit qu'avait cette même maison à cette raison sociale s'est éteint avec la maison même....“ donna gain de cause aux défendeurs. MM. Schneider et Fick (commentaire, art. 868 N° 7) sont d'avis que le demandeur pouvait se baser sur l'art. 874 pour obliger les défendeurs à prendre une raison différente de celle qu'il avait eue précédemment.

L'espèce jugée par le Tribunal zurichois invoquée par ces auteurs était différente.[1])

Le Tribunal de commerce de Zurich s'est au contraire prononcé le 28 juin 1895 (handelsrechtl. Entsch. XIV, page 281) en sens contraire dans une espèce analogue. L'art. 868, disait-il, ne protège que les raisons inscrites; et quant à l'art. 872, il ne défend pas à une société *nouvelle* de prendre une raison identique à celle d'une société dissoute, quoiqu'elle ne se composât pas des mêmes personnes que celle-ci.

---

[1]) Un membre de l'ancienne société „Mandrino & Cie“ avait pris pour r. d. c.: „W. Schwarzenbach, Cementbaugeschäft (*vormals in Firma Mandrino & Cie*) Zürich;“ un autre membre de la société voulut lui faire interdire l'usage de cette adjonction. Le tribunal estima que cette dernière n'indiquait pas que Schw. succédât à „M. & Cie“; que le consentement du prédécesseur prévu par l'art. 871, n'était dès lors pas nécessaire; que d'autre part les mots Mandrino & Cie ne formaient pas la r. d. c. même du défendeur ce qui serait contraire à l'art. 867 al. 1. — Evidemment, puisque Schw. ne pouvait prendre pour r. d. c. que son nom patronymique. (V. rapport de gestion du Trib. cant. zurichois 1885, N° 122.)

Pour nous, il nous paraît ressortir clairement de l'art. 868 et de l'art. 876, al. 1, q'une r. d. c. ne jouit de la protection légale que si elle est inscrite au reg. d. c. Le titulaire survivant de l'ancienne raison „Ditisheim frères" ne peut donc pas invoquer l'art. 876, al. 1, pour s'opposer à l'inscription d'une nouvelle raison „Ditisheim frères." Il ne le peut pas davantage en sa qualité de propriétaire de la raison nouvelle „Maurice Ditisheim, successeur de Ditisheim frères," en se basant sur l'art. 868; il est clair, en effet, que les deux raisons se distinguent suffisamment l'une de l'autre pour n'être pas confondues. — Le seul argument qu'on pourrait faire valoir contre l'arrêt en question serait tiré l'art. 874: le successeur n'ayant le droit d'indiquer dans sa raison commerciale à qu'il succède qu'avec le consentement de son auteur ou de ses héritiers il s'agirait de savoir si, inversément, il n'est pas défendu de prendre exactement le nom de la maison dont un autre se dit le successeur et de se faire passer ainsi pour le prédécesseur de ce dernier sans son consentement. Mais cet argument n'est pas solide. La formule: „successeur de..." indique assez que la maison à laquelle on succède n'existe plus et n'est pas identique avec celle qui actuellement en porte le nom. Et puis la loi renfermant le principe général qu'il est permis d'inscrire telle quelle pour soi la raison qu'un tiers vient de faire radier, sans faire d'exception pour le cas qui nous occupe, il faut admettre que la raison radiée tombe dès ce moment dans le domaine public et que la loi n'a pas voulu permettre au successeur de la faire sienne par la seule mention dans la r. d. c. qu'il succède à cette autre maison.

Le C. O. ne protège donc pas les raisons éteintes contre l'usurpation, mais le système qu'il a adopté permettrait facilement de le faire. Il suffirait de défendre, comme l'a fait la loi fédérale du 26 septembre 1890 pour les marques de fabrique, de réinscrire une raison radiée avant l'expiration d'un délai de deux ans p. ex. La mesure serait plus rigoureuse qu'elle ne l'est pour les marques de fabrique soit parce que le choix des r. d. c. est limité et qu'il importe de ne pas restreindre sans nécessité le nombre des combinaisons de

noms, soit parce que l'usage de la raison radiée ne serait pas interdit seulement pour *un* genre d'affaires, comme c'est le cas des marques de fabrique, mais pour tous.

Cette règle trouverait aussi sa place dans le système que nous préconisons avec la seule différence qu'elle ne serait pas appliquée d'office par le préposé au registre, mais seulement par le juge à la demande des intéressés, c.-à.-d. des concurrents (v. page 505).

En résumé nous pensons que les défauts inhérents au système actuel ne se font pas assez sentir dans la pratique pour motiver une révision complète de cette partie du C. O., mais que, si pour d'autres motifs cette révision était décidée, il conviendrait d'adopter pour les r. d. c. le même système que pour les marques de fabrique soit de ne pas charger les préposés au registre du soin de veiller d'office à ce que les raisons nouvelles se différencient suffisamment des anciennes, mais à faire trancher par les tribunaux à la demande des intéressés les conflits entre les raisons homonymes.

A défaut d'une révision complète de cette partie du C. O. il serait bon d'y insérer une disposition analogue à celle de l'art. 10 de la loi fédérale du 26 septembre 1890.

III.

Transfert de la raison de commerce.

Une question de beaucoup plus importante que les précédentes est celle de la vérité de la r. d. c. Faut-il exiger que le contenu de la r. d. c. réponde toujours et en tout à la réalité? C'est là le point le plus controversé, celui aussi qui a la plus grande portée pratique pour le commerçant. Les uns veulent que la raison soit non seulement vraie, c.-à-d. qu'elle ne dise rien qui ne soit vrai, mais encore, et sans cela ce postulat serait assez anodin, qu'elle ait un contenu positif, qu'elle fasse connaître le chef de la maison ou l'un d'eux, s'ils sont plusieurs, et que le libellé de la r. d. c. permette de distinguer les raisons individuelles des raisons

sociales; les autres préfèrent laisser aux commerçants liberté complète de choisir leur raison sans qu'elle ait besoin ni de renfermer certaines données indispensables ni d'être conforme à la réalité. Un troisième système, adopté par le c. de c. allemand, consiste à n'appliquer le principe de la sincérité qu'aux r. d. c. nouvelles, mais à permettre que le successeur du premier titulaire prenne la suite des affaires sous la dénomination primitive même si elle ne répond plus à la réalité.

Le Département fédéral de Justice et Police a adressé en février 1897 une circulaire aux représentants de la Suisse à l'étranger leur demandant quelles dispositions législatives existaient dans les Etats de leur résidence sur les r. d. c., en particulier:

1) s'il existait un reg. de c.

2) quelles personnes étaient tenues de s'y inscrire.

3) comment leurs r. d. c. devaient être formées.

4) si le principe de la sincérité (c'est-à-dire de la non-transmissibilité) y était adopté. Les chiffres ci-après se rapportent à ces questions.

Nous pensons utile de donner ici le résumé des réponses qui ont été faites, la question de la sincérité des raisons étant connexe avec les autres, en particulier avec celle du reg. du c. Une partie des réponses manquent encore à l'heure où nous écrivons ces lignes.

France. — Le c. d. c. *français* ne dit rien de la raison individuelle; en principe, chaque commerçant, établi pour son compte, peut se servir de son nom personnel sans adopter de r. d. c. proprement dite. Lorsqu'un commerçant usurpe le nom commercial d'un autre, ce sont les règles sur la concurrence déloyale qui s'appliquent; elles décident aussi en cas d'homonymie, lequel des deux modifiera son nom commercial. Il se peut donc que deux commerçants n'ayant pas le même genre de commerce signent identiquement de la même façon; aussi longtemps que leur genre d'affaires est différent, il n'en naîtra aucun inconvénient et si un jour ils se rencontrent sur le même terrain, le juge devra décider, comme s'il s'agissait d'une enseigne ou d'un autre signe distinctif, auquel revient le droit de conserver son nom commercial. Il se peut aussi et il arrive très souvent que le successeur continue à gérer le fonds de commerce que lui a transmis le propriétaire primitif

sous le nom de ce dernier. Il peut le faire aussi longtemps que le porteur de ce nom ou ses héritiers ou quelque autre personne ne s'y opposent pas en vertu d'un droit meilleur. C'est ainsi que la maison „Veuve Clicquot-Ponsardin“ est devenue la propriété de „Werlé & Cie“ et la maison „Moët & Chandon“ celle de „Chandon & Cie.“ L'ancienne r. d. c. est conservée sinon comme r. d. c. proprement dite, du moins dans sa fonction de marque de fabrique.

Les dispositions du c. d. c. concernant la formation des r. d. c. sont basées sur le même principe que celles du C. O.; ce qui fait la différence essentielle entre le droit suisse et le droit français, c'est que ce dernier ne connait pas le reg. du c. Le titre IV de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés prescrit seulement que l'acte constitutif de toute société devra être déposé au greffe de la Justice de paix du tribunal de commerce du lieu dans lequel est établie la société; un extrait contenant, entr'autres, les noms des associés personnellement responsables et la r. d. c. ou la dénomination adoptée par la société en est publié dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales (art. 56 et 57 de la loi du 24 juillet 1867). Les actes de société ne reçoivent par ce dépôt qu'une publicité restreinte; il n'existe pas d'organe de publication central et officiel; enfin et surtout, il n'est pas veillé d'office à ce que les principes énoncés par le c. de c. soient observés dans la formation des r. d. c. que personne ne contrôle; les illégalités commises ne sont redressées que par le juge à la demande des particuliers qui justifient d'un intérêt personnel. Il en résulte qu'en fait une foule de r. d. c. ne sont pas conformes à la loi, que les tribunaux n'appliquent d'ailleurs pas avec la rigueur que nous connaissons en Suisse; il n'arrive guère qu'un commerçant ou une société qui se sert, sans intention frauduleuse, du nom attaché à l'établissement, soient forcés de l'abandonner pour leur nom véritable ou pour la raison sociale exigée par le c. de c. Le transfert du nom commercial est donc permis partout où les commerçants peuvent avoir un intérêt légitime à le demander; le système français est individualiste, le C. O. s'inspire, au contraire, de l'intérêt social.

Les rapports des représentants de la Suisse en France sont d'accord pour dire que les commerçants sont contents de ce système.

L'**Egypte**, le **Haïti**, la **Turquie** suivent le droit français.

Il est de même des Etats ci-après sauf les points spécialement mentionnés:

La **Belgique** n'exige pas pour les sociétés en nom collectif et en commandite le dépôt de l'acte de société mais seulement la publication d'un extrait de cet acte, qui doit être déposé dans la quinzaine de la date de l'acte définitif en mains des fonctionnaires

préposés à cet effet, sous peine d'une amende de 50 à 5000 frs. (Titre IX, livre 1er du c. de c., modifié par les lois du 18 mai 1873 et du 22 mai 1886).

Grèce. — Il existe auprès de chaque tribunal de district un reg. du c. dans lequel toutes les sociétés commerciales se font inscrire dans les 15 jours de leur constitution, en déposant en même temps un extrait de leur acte de société.

Il paraît être permis aux sociétés non anonymes de conserver une raison sociale lors même qu'aucun des associés actuels ne porte le nom qui y est indiqué, pourvu que l'un de ceux-ci se trouve à l'égard de celui dont le nom figure dans la raison sociale dans une relation de parenté étroite, p. ex.: celle de fils, petit-fils, neveu; hormis ce cas, la transmission de la r. d. c. n'est pas admise.

Italie. — 1) Les actes de société doivent être déposés dans la quinzaine de leur date au greffe du tribunal de commerce de district pour être inscrits au registre des sociétés et affichés publiquement (art. 90 du c. de c. de 1882). L'acte constitutif de la société anonyme est déposé en entier au greffe du tribunal civil (art. 91).

3) Le nom personnel ou la r. d. c. des associés en nom collectif peuvent faire partie de la raison de cette société (art. 105, al. 1).

Seuls le nom personnel ou la r. d. c. des associés indéfiniment responsables peuvent faire partie de la raison de la société en commandite (art. 114, al. 2).

4) Le principe de la vérité des r. d. c. n'est pas observé. D'après les rapports de Florence, Turin, Livourne, Gênes, cet état de choses serait sans inconvénients; ceux de Milan et Venise estiment, au contraire, qu'il n'est pas sans danger pour la sincérité des transactions, qu'on abuse souvent de cette liberté et que dans les provinces du Sud, où la moralité de la classe des négociants n'est pas très élevée, le principe de la vérité des r. d c. serait bien accueilli par tous les commerçants honnêtes.

Roumanie. — 1) Il existe un reg. du c. auprès des tribunaux de district; les r. d. c. sont publiées dans la feuille officielle.

2) Tous les commerçants sont tenus à l'inscription sous peine d'une amende de 25 à 1000 Lei.

3) La raison nouvelle doit se distinguer de toutes celles du même lieu inscrites au registre du tribunal. Lorsqu'un commerçant a plusieurs établissements sous des raisons commerciales différentes, il doit faire insérer chacune d'elles.

4) Le transfert des r. d. c. paraît être toléré (Rapport de Galatz).

Espagne. — (C. d. c. du 22 août 1895.) 1) Il existe un reg. du c. dans les chefs-lieux de province.

2) L'inscription est facultative pour les maisons individuelles, obligatoire pour les sociétés.

3) Les règles sont les mêmes qu'en France sauf que la „société en commandite“ doit ajouter ces mots à sa r. d. c. et que des raisons comme celles-ci: Successeur de N. N. — Héritiers de N. N. — Neveu de N. N. — sont tolérées.

4) La r. d. c. ne peut être transmise, mais ce principe n'est pas rigoureusement observé; p. ex., lorsque l'acte de société prévoit que les héritiers des associés actuels ou des tiers continueront la société sous l'ancienne dénomination, celle-ci n'a pas besoin d'être changée pendant la durée de la société prévue dans le contrat (rapport de Barcelone). A Manille il existe plusieurs anciennes maisons dont le nom n'est pas celui des propriétaires. Des plaintes ne se sont pas fait entendre à cet égard.

Portugal. — (c. de c. du 28 juin 1888.) 1) et 2) Même droit qu'en Espagne.

3) La raison individuelle ne peut être formée que du nom du commerçant, suivi, s'il le désire, d'une adjonction désignant le genre d'affaires.

4) Art. 24. „Le nouvel acquéreur d'un établissement de commerce peut continuer à le gérer sous la même raison commerciale, si les intéressés y consentent, en y ajoutant la déclaration qu'il exerce le commerce à titre de successeur et en se conformant aux dispositions des articles précédents.

§ unique. „Il est défendu d'acquérir une raison commerciale sans acquérir en même temps l'établissement auquel elle est liée.

Art. 25. „Lorsqu'une société se trouve modifiée par suite de l'entrée, de la sortie ou de la mort d'un associé, la raison sociale peut cependant être maintenue sans changement; mais, dans le cas où le nom de l'associé qui se retire ou qui est mort y figure, il faudra son assentiment ou celui de ses héritiers, et cet accord devra être consigné par écrit et publié.“

Les **Etats de l'Amérique du Sud** et l'**Amérique centrale** ont en général une matricule des marchands et un reg. du c.

Quant aux questions 2 et 4 ils suivent le droit français. Mais en fait ces règles ne sont pas partout observées.

Le **Chili.** — (C. de c. du 23 nov. 1865.) 1) Il existe un reg. du c. tenu au chef-lieu de chaque département par des employés ad hoc (règl[t] du 1[er] août 1866).

2) Les sociétés seules sont obligées de se faire inscrire.

3) et 4) Les noms des associés en nom collectif peuvent seuls faire partie de la raison de cette société. Le nom d'un associé décédé ou sorti de la société doit disparaître de la raison sociale.

La raison sociale n'est pas l'accessoire de l'établissement et ne peut pas être transmise avec lui. (Art. 369.)

Le **Salvador,** le **Guatemala** et le **Honduras** suivent la législation chiléenne, les deux premiers sans reproduire l'art. 369 du c. d. c. de ce pays.

Allemagne. — Nous ne parlons pas du droit *allemand,* qui est aussi en vigueur en **Autriche**; il est connu. Les discussions relatives à notre sujet auxquelles a donné lieu la révision du c. de c. allemand seront mentionnées dans la suite. Le projet définitif a conservé en matière de r. d. c. les principes qui sont à la base du code actuel.

La **Hongrie** suit le même droit que l'Allemagne sauf que l'art. 14 de son c. d. c. prescrit aux sociétés anonymes et aux associations de se désigner expressément comme telles dans leur r. d. c.; quant aux associations, les lois allemande et autrichienne spéciales exigent en outre l'indication de la responsabilité limitée ou illimitée.

Le c. de c. de la **Bosnie** et de l'**Herzégovine,** du 1er novembre 1883, suit le c. de c. allemand.

Ce système n'a pas donné lieu à des plaintes en Autriche-Hongrie (rapports de Vienne et Budapest).

Suède, Norwège, Danemark. — Une commission commune à ces trois Etats rédigea en 1881 un projet adopté dans ses règles essentielles par les parlements de Suède en 1887, de Danemark en 1889 et de Norwège en 1890. Ces trois pays ont dès lors, sauf quelques points de détail, la même législation sur la matière.

La loi *suédoise* du 13 juillet 1887, modifiée le 28 juin 1895, contient les dispositions suivantes:

1) Il existe un reg. du c. tenu par les autorités administratives; pour les sociétés anonymes, il est tenu un registre spécial par le bureau des brevets et de l'enregistrement à Stockholm.

2) Toutes les personnes obligées de tenir des livres de commerce sont tenues à l'inscription; les associations, seulement si elles veulent acquérir la capacité civile.

3) Art. 9 de la loi de 1887. La *raison individuelle* et celle de la *société en nom collectif* sont formées comme en Suisse.

La raison des *sociétés en commandite* doit contenir le terme de „Kommanditbolag“ (cette disposition ne figure pas dans la loi danoise).

Sauf cette exception, une raison enregistrée conformément à la présente loi ne contiendra rien qui soit de nature à limiter d'une manière quelconque la responsabilité du titulaire ou des associés.

(Art. 10.) Nul ne pourra inscrire indûment dans sa raison sociale le nom d'autrui ou celui d'un immeuble appartenant à autrui. Ne pourra être indiquée dans la r. d. c. une entreprise qui ne se trouve pas en relation directe avec le genre d'exploitation du propriétaire. Enfin, il ne pourra pas être conservé sans changement une r. d. c. dont le genre d'exploitation a subi une modification essentielle.

(Art. 10 de la loi de 1895.) La raison sociale des *sociétés anonymes* contiendra le terme de „Aktiebolag" et se distinguera clairement de toute autre raison déjà inscrite.

La raison d'une *association* contiendra le terme „Förening" et mentionnera si la responsabilité des sociétaires est limitée ou illimitée.

4. (Art. 11 de la loi de 1887.) La veuve qui continue le commerce de son époux décédé, ou le mari qui continue le commerce exploité par sa femme avant ou pendant le mariage peuvent employer sans modification le nom commercial existant.

L'héritier d'un commerçant isolé ou ses héritiers formant entre eux une société de commerce jouissent du même droit, si le défunt ou ses héritiers y consentent.

Le nom commercial peut continuer à être employé sans modification après l'entrée d'un tiers dans une exploitation appartenant à une personne isolée ou à une société.

Le nom d'un associé retiré de la société ne peut pas continuer à figurer dans la raison à moins que cet associé ou ses héritiers n'y consentent.

Un commerçant isolé ou une société en nom collectif peuvent, en cas de cession des affaires, autoriser l'acquéreur à conserver le nom commercial avec une adjonction indiquant le fait de la cession.

En ce qui concerne les sociétés en commandite, il est appliqué dans les cas ci-dessus, l'article (9) de la loi concernant le nom commercial de ces sociétés.

Grande Bretagne. — 1) et 2) Il n'existe pas de reg. du c. proprement dit. La loi n'ordonne que l'inscription des limited Compagnie et de toute association de plus de 10 personnes formée dans le but de faire des affaires de banque et de plus de 20 personnes quand il s'agit d'affaires d'une autre nature, qu'elles soient d'ailleurs à responsabilité limitée ou à responsabilité illimitée.

3) et 4) Entière liberté est laissée quant au choix de la r. d. c.; le principe de la sincérité des r. d. c. n'est pas admis, il arrive

même que des commerçants se servent de noms fictifs.[1]) La transmission des r. d. c. est possible, en pratique, sans formalité. On publie d'ordinaire dans la London Gazette les changements qui se produisent dans une maison de commerce et les noms des personnes responsables. Souvent aussi, on se borne à envoyer des circulaires.

Les commerçants ne se plaignent pas de ce système qui répond bien aux idées anglaises sur la liberté individuelle.

Les **Etats-Unis** ne possèdent pas de législation uniforme sur la matière. Voici les renseignements qui nous sont parvenus. Il n'existe pas de reg. du c. proprement dit; deux grandes entreprises d'informations privées y suppléent: „R. G. Dun & C°“ et „The Bradstreet Company,“ dont le siège principal est à New-York et qui ont des succursales dans toutes les villes des Etats-Unis et du Canada. Elles publient tous les trois mois à l'usage de leurs abonnés des registres qui ne sont pas vendus mais seulement prêtés à titre confidentiel.

Il n'existe en général pas des prescriptions sur la formation et l'inscription des *raisons individuelles.*

Quant aux sociétés elles peuvent en règle générale être constituées sans aucune formalité. Quelques Etats demandent pourtant que l'acte de société soit déposé auprès de l'autorité judiciaire. Les sociétés à responsabilité limitée doivent porter cette mention dans leur r. d. c. Les corporations sont régies quant à leur formation et leur inscription par des dispositions spéciales. Sauf ces deux dernières catégories d'associations, qui sont soumises à des règles plus strictes, la r. d. c. peut généralement être transmise librememt avec le fonds de commerce.

Dans les Etats de **Géorgie, Louisiane** le nom d'un associé qui s'est retiré de la société ne peut pas être gardé dans la raison sociale. Dans ce dernier Etat et dans celui de **New-York** l'adjonction „& Cie“ ne peut être employée que pour désigner des associés actuels.

Dans l'Etat de **New-York** celui qui au moment de sa mort dirigeait une maison de commerce depuis 5 ans au plus laisse à ses héritiers le droit de continuer ses affaires sous le même nom. Quant aux raisons sociales, il paraît être d'usage de les conserver telles quelles quoique aucun des associés qui y sont nommés ne fasse plus partie de la société.

Louisiane. La r. d. c. de la société en commandite ne doit être formée que des noms des associés indéfiniment responsables;

---

[1]) Les contestations pouvant s'élever sur l'usage des r. d. c. entre commerçants sont tranchées d'après les règles de la concurrence déloyale.

lorsqu'il n'y en a qu'un, il ne peut ajouter à son nom une adjonction qui indique l'existence d'une société.

Californie. — Seuls les commerçants et les sociétés dont la r. d. c. ne contient pas les noms du chef de la maison soit de tous les associés ou qui se servent de noms fictifs sont tenus d'indiquer au Clerk of the County les noms véritables ainsi que le domicile des personnes à la tête de la maison. Ces indications sont publiées quatre fois de suite à une semaine d'intervalle dans un journal du County. De même pour les modifications subséquentes. Le Clerk tient un registre des r. d. c. et des personnes inscrites.

Le nom des commanditaires ne doit pas figurer dans la r. d. c.

Les special partnership formées dans un but passager à l'exclusion d'affaires de banque ou d'assurance sont tenues de se faire inscrire.

Tennessee. — 3) et 4) La formation de la r. d. c. est entièrement libre. Tout commerçant peut prendre l'adjonction „& Cᵒ" et même une désignation anonyme comme r. d. c. Celle-ci peut être changée ou transférée à une autre personne sans formalités. Ces faits sont portés à la connaissance du public par la voie des journaux et par des circulaires.

Canada. — 1) Il existe un reg. du c. La femme *mariée*, marchande publique, vivant sous le régime de la séparation de biens ainsi que les commerçants ayant un nom commercial *fictif* et les sociétés dont les r. d. c ne contiennent pas les noms des associés sont tenus à l'inscription.

4) Lorsqu'un fonds de commerce passe en d'autres mains, le changement de la r. d. c. et le nom du nouveau propriétaire doivent également être inscrits.

Russie. — Il n'existe pas de dispositions légales spéciales: un projet de loi est en élaboration. La pratique suivie est la suivante : Tous ceux qui veulent s'établir comme commerçants se font inscrire à la chambre des marchands en payant les droits de patente; ils déclarent leur r. d. c. et reçoivent un certificat constatant qu'ils ont le droit de faire le commerce sous la raison indiquée. La r. d. c. peut être choisie librement; elle peut de même être cédée pour un temps limité ; beaucoup d'anciennes maisons n'ont pas inscrit leur r. d. c.

Un extrait du contrat de *société* est présenté au département du commerce et de l'industrie du Ministère des Finances, ainsi qu'à la chambre locale des marchands. La fondation d'une société est annoncée par circulaire. Aucune loi d'ailleurs ne prescrit l'enregistrement des extraits, qui ne sont pas publiés. Beaucoup de sociétés n'ont jamais rempli ces formalités.

La raison sociale des *sociétés anonymes*, par contre, est publiée dans le Bulletin des lois qui mentionne les conditions auxquelles l'autorisation a été accordée par les autorités compétentes.

Les commerçants se trouvent bien de la liberté dans le choix et le transfert des r. d. c. (Rapport de Riga).

Pays-Bas. — 1) et 2) Il n'existe pas de loi sur le reg. du c.

3) et 4) Il règne à cet égard une grande liberté; beaucoup de commerçants malhonnêtes se servent de noms fictifs pour tromper leurs fournisseurs.

Il a été élaboré en 1895 un projet de loi sur les r. d. c. d'après lequel l'inscription au rég. du c. serait facultative pour tous les commerçants. L'art. 5 f) pose le principe général que chacun est libre de choisir et de former sa r. d. c. comme il l'entend. Les motifs ajoutent que les maisons individuelles pourraient prendre, par exemple, l'adjonction „et Cie."

Si après avoir passé en revue toutes ces législations, nous nous demandons quel système est le meilleur, nous devons reconnaître que les deux principes, celui de la vérité et celui du libre choix des r. d. c. peuvent être pris l'un et l'autre comme base d'un système juridique rationnel; d'après le premier, on prescrit au commerçant la manière dont il doit former sa r. d. c. et on veut que le public, à première vue, sache à qui il a affaire. La raison, source de renseignements authentiques pour le public, doit donc toujours renfermer toutes les données exigées par la loi et elle ne doit en renfermer aucune qui ne soit pas exacte; elle est pour ainsi dire le microcosme de la maison elle-même.

D'après le second principe, la raison n'a pas pour but de fournir aucun renseignement sur la maison de commerce; la loi ne lui connaît pas de contenu; les mots qui la composent sont arbitraires et leur signification est purement conventionnelle; ce sont des marques commerciales faisant fonctions de noms commerciaux. La loi permet de choisir n'importe quelle raison, parce que toutes, quelles qu'elles soient, ne signifient rien par elles-mêmes et ne sont qu'un renvoi au folio correspondant du reg. du c. qui seul indique le nom du propriétaire de la raison.

Ce dernier système a l'avantage d'être logique; personne ne peut se plaindre d'avoir été induit en erreur par la r. d. c.

puisque la loi lui refuse expressément tout sens logique. La raison n'est, de par sa nature, ni vraie ni fausse. Rien en elle n'indique qu'elle appartienne à Jean plutôt qu'à Paul, plutôt à une seule personne qu'à une société. Le préposé au registre n'a à s'inquiéter que d'une chose, c'est qu'une seule et même raison ne désigne pas deux maisons différentes. L'application d'une loi pareille est d'une simplicité fort attrayante; les magistrats qui en sont chargés n'auront plus à faire des efforts d'interprétation pour tracer la limite entre les raisons vraies et celles qui ne le sont pas. Les commerçants ne pourront plus se plaindre ni de l'arbitraire ni de la rigueur vexatoire des autorités.

Quant à la valeur intrinsèque de ce système, constatons tout d'abord qu'il n'a été expressément sanctionné par la législation d'aucun pays. Il n'est pratiqué que dans les Etats qui, comme la Russie, l'Etat du Tenessee, et sans doute d'autres Etats de l'Union n'ont ni prescriptions légales sur la formation des r. d. c. ni reg. du c. Le projet de Munzinger adoptait le même système avec cette restriction pourtant que les r. d. c. propres à tromper le public étaient exclues. Le projet hollandais de 1895 laisse aux commerçants liberté complète.

Nous ne critiquons pas tant le fait qu'une r. d. c. de ce genre ne fournit au lecteur aucun renseignement positif, cela n'est pas absolument nécessaire. Son rôle n'est pas d'être un extrait du reg. du c.; elle ne doit pas être autre chose qu'un *nom* commercial. Nous ne verrions pas grand inconvénient à ce qu'il fût purement conventionnel; ce n'est pas pour satisfaire une simple curiosité du public que la loi peut exiger du commerçant qu'il affiche son nom dans sa r. d. c. Mais ce que nous exigeons c'est que la r. d. c. n'induise pas le public en erreur.

Or, sous ce rapport, le système de la complète liberté n'est pas sans présenter des dangers.

Le législateur a beau dire: La r. d. c. est vide de sens, le reg. du c. peut seul en indiquer la signification; c'est là une pure fiction. En réalité, le public non commerçant se fie à l'apparence; si une r. d. c. contient un nom patronymique ou les mots: „et Cie,“ beaucoup de gens se persuaderont

qu'une personne ainsi nommée ou une société est le chef de la maison; peu importe que la loi proclame le principe du libre choix de la r. d. c.; la maison n'en passera pas moins aux yeux d'un grand nombre pour appartenir à la personne ou à la société désignée dans la raison commerciale. Cette erreur, lorsqu'il s'agit de maisons nouvelles, n'est peut-être pas si funeste qu'il semble; nous constatons seulement qu'elle existe.

De plus le système dont nous parlons rendrait impossible de distinguer le nom commercial d'une maison individuelle de celui d'une société en nom collectif ou même anonyme. Cet inconvénient est plus grave. S'il est bon qu'une raison individuelle soit différente de la raison d'une société en nom collectif, il est à notre avis indispensable que la raison commerciale d'une société anonyme se reconnaisse à première vue comme telle. Il serait dangereux de permettre à une maison individuelle ou à une société en nom collectif de se donner une dénomination anonyme et surtout de laisser une société anonyme faire des affaires sous un nom personnel, d'autant plus que le C. O. n'exige qu'un petit nombre d'actionnaires et ne prescrit pas de minimum pour le capital-actions; les associés pourraient de cette manière restreindre leur responsabilité ou s'y soustraitre complètement tout en se faisant passer pour personnellement responsables.

Les législations anglo-américaines, qui laissent aux commerçants la plus grande liberté dans le choix de leur r. d. c. mettent pourtant complétement à part la raison des sociétés à responsabilité limitée qui doit toujours se terminer par le mot „limited," interdit à toutes les autres sociétés.

Mais la considération qui l'emporte pour nous, c'est que le commerçant n'a aucun intérêt légitime à fonder une maison sous un autre nom que le sien. S'il choisit un nom étranger ou inventé afin d'empêcher qu'on impute au particulier les agissements du commerçant, il n'y a là rien que la loi doive favoriser. Un commerçant loyal ne craindra pas de faire ses affaires sous son nom civil. Il est bien plutôt dans l'intérêt du commerce honnête d'obliger les commerçants à se servir de leur nom patronymique; voyant leur honneur et leur per-

sonnalité toute entière engagée dans l'entreprise qu'ils ont fondée, ils hésiteront à se compromettre par des opérations douteuses ou des moyens inavouables. Le désir de garder pour soi et sa famille un nom sans tache sera pour le commerçant un motif puissant d'éviter tout ce qui pourrait porter atteinte au bon renom de son commerce. S'il travaille au contraire sous un nom étranger, il sera tenté par cette duplicité de nom d'avoir aussi deux morales, l'une comme commerçant, l'autre comme particulier.

Si le commerçant choisit comme r. d. c. un nom déjà avantageusement connu dans le monde des affaires, tandis que le sien n'y a pas encore droit de cité, c'est encore un procédé que le législateur ne peut approuver. Celui qui vient de s'établir n'a aucun droit à la réputation acquise par un autre; pourquoi recueillerait-il là où il n'a pas semé? Il *n'y* a aucun motif de lui permettre de tirer profit de l'erreur du public sur sa personne; car, c'est, en réalité, sur cette erreur qu'il spécule, il espère bénéficier de la confiance que le public avait accordée ou accorde encore à une autre maison; or, rien n'assure qu'il la mérite.

Toutes ces aspirations ne sont pas légitimes; il n'existe pour le législateur aucun motif plausible de permettre aux commerçants de s'établir sous un autre nom que le leur.

Quant au transfert d'une raison existante à un nouveau titulaire, c'est là le corollaire du système du libre choix de la r. d. c. Cette faculté est, dit-on, sans danger; la r. d. c. n'étant ni vraie ni fausse peut s'appliquer sans tromper personne à n'importe quel commerçant.

Ce raisonnement est fautif. Il est vrai qu'une r. d. c. complétement nouvelle n'a, sous le régime en question, de par la loi aucune signification. Ceux qui entrent en relation avec la maison ne le font en général pas sans s'inquiéter préalablement de la personne qui est à sa tête, de sa solidité et de son savoir-faire; le fait que le nom commercial est différent du nom civil du propriétaire ne causera pas grand préjudice aux tiers dès qu'ils sauront qu'ils ont affaire à une maison nouvelle.

Il en est autrement l'orsqu'il s'agit d'une r. d. c. déjà existante. Par le fait même qu'un commerçant prend possession d'une r. d. c., qu'il s'en sert publiquement, elle prend une acception bien précise, elle désigne, quoiqu'elle soit fictive, le commerçant qui en est le titulaire; elle n'a pas d'autre raison d'être. Quoique la dénomination *John Brown* n'indique en aucune façon que le chef de l'établissement s'appelle *Pierre Lenoir*, elle n'acquiert pas moins au bout de peu de temps la même signification que si elle portait le nom véritable du chef de la maison; ensuite des relations entretenues avec la maison *John Brown* on finira par lui attribuer toutes les qualités propres à *Pierre Lenoir*, même si ce nom reste inconnu. Or, cela étant, si le chef de la maison vend son commerce avec la raison à un tiers *Leblanc*, les mots *John Brown* conserveront encore leur ancienne signification dans l'esprit du public qui s'imaginera avoir toujours affaire à l'ancien titulaire; s'il en était autrement, le nouveau chef de la maison n'aurait eu aucun intérêt à la continuer sous un autre nom que le sien. Il est donc inexact de dire qu'avec le système dont nous parlons, le public, sachant qu'il n'y a aucune foi à ajouter à la r. d. c., ne peut être trompé. Si d'un jour à l'autre la r. d. c. est transmise à un propriétaire nouveau, il est, au contraire, fort probable que le public, s'il n'est mise en garde par d'autres circonstances, s'imaginera avoir toujours affaire à la même maison.

Nous ne pouvons pas non plus nous rallier à la proposition faite par un membre de la commission chargée de discuter le premier projet de révision du c. de c. allemand tendant à autoriser le transfert des r. d. c. à la condition que le successeur fasse suivre la raison primitive du mot „successeur,“ règle qui a été sanctionnée par les lois suédoise et danoise.

En effet, cet avertissement, suffisant lors du premier changement du propriétaire, devient insuffisant à la seconde ou à la troisième fois; or, le danger consiste précisément en ceci que la r. d. c., sincère ou non, reste la même, alors que le titulaire change.

La loi allemande, voulant empêcher que le commerçant ne prenne sans motif sérieux un nom commercial différent de son nom patronymique, exige la sincérité des raisons nouvelles, sans aller jusqu'à interdire la transmission d'une raison existante avec l'établissement lui-même.

Ici aussi le public peut se trouver dans l'erreur sur la personne du chef de la maison ensuite de la transmission de la r. d. c. et cela d'autant plus facilement que celle-ci a été sincère jusqu'alors. Mais si le commerçant n'a aucun intérêt légitime à s'établir à nouveau sous un nom emprunté, il peut avoir un intérêt considérable et souvent légitime à continuer le commerce d'un autre sous le nom de ce dernier et à le transmettre plus tard à son successeur. La question mérite donc d'être examinée de plus près.

Pour les motifs déjà exposés, nous ne pensons pas que la faculté de transférer la r. d. c. puisse être étendue aux raisons des sociétés anonymes. D'après un arrêt du Reichsgericht du 5 décembre 1885 dans la cause „Deutsche Globe, Hufnagelgesellschaft,“ rec. off. vol. 15, page 110, il serait permis en droit allemand à un commerçant succédant à une société anonyme d'en conserver la raison sociale, du moins lorsqu'elle ne contient pas le mot „Aktiengesellschaft“; par voie de conséquence, le c. d. c. rend donc illusoire la distinction qu'il établit entre les raisons anonymes et les raisons nominatives nouvelles.

Le projet adopté par le Reichstag, dont le § 20 prescrit aux sociétés anonymes d'insérer dans leur dénomination le mot „Aktiengesellschaft“, paraît avoir adopté notre opinion; le § 22, qui parle du transfert de la r. d. c., réserve la disposition du § 20 dans le cas où une société anonyme succède à une maison d'une autre nature; par contre, cette loi ne dit pas si la raison de la société anonyme peut être conservée telle quelle par un successeur qui n'est pas lui-même une société anonyme; si cela était, la prescription du § 20 perdrait beaucoup de son utilité.

En Suisse, personne ne réclame une liberté aussi grande; on trouve tout naturel que le nom commercial d'une société

par actions se distingue de celui des commerçants personnellement responsables. La controverse, pratiquement, ne roule que sur la question de savoir si la r. d. c. de ces derniers peut contenir des noms de personnes qui ne sont plus à la tête de la maison. Nous pouvons donc faire abstraction dans ce qui va suivre des r. d. c. anonymes.

Le commerçant considère sa r. d. c. comme une partie de son actif possédant une valeur propre qu'il prétend mettre à profit; il éprouve comme une spoliation qu'on l'empêche de transmettre à son fils ou à son successeur le nom qu'il s'est fait au prix d'une vie d'efforts et d'honnêteté; après avoir travaillé principalement pour ses enfants, on lui interdit de leur transmettre ce qu'il a de plus précieux: son nom c'est-à-dire sa réputation commerciale. L'obliger, pour le seul motif, que le nom du propriétaire actuel de la maison n'est plus exactement celui contenu dans la r. d. c. à détruire ce bien économique péniblement créé lui semble d'un formalisme vexatoire et d'un rigorisme excessif. La maison de commerce, dit-il, est restée identique à elle-même, la fabrication continue sans changement, les employés sont les mêmes, les relations commerciales ne sont pas rompues, les mêmes installations, les mêmes locaux, les mêmes livres sont utilisés, toute cette machine compliquée ne s'arrête pas un seul instant.

L'établissement commercial est une unité économique ayant sa vie propre, indépendante dans son développement des personnes physiques qui sont à sa tête; c'est une „personne économique“ comme une société commerciale est une personne juridique. Pourquoi un changement de raison viendrait-il jeter le trouble dans cette harmonie et semer le doute et la méfiance dans l'esprit des clients. Si la r. d. c. se modifie, tout est remis en question aux yeux des tiers qui connaissaient bien l'ancienne raison, mais ne savent que penser de la nouvelle. A quoi bon les effrayer inutilement, tandis qu'ils étaient tout disposés à continuer leurs relations avec la maison de commerce aussi longtemps qu'elle ne leur donnait pas sujet de se plaindre, qu'elle soit d'ailleurs gérée par X ou par Y.

Il coûtera à la maison nouvelle beaucoup de peine et d'argent pour s'accréditer auprès de ses clients et correspondants comme le successeur légitime de la raison radiée. Elle n'y réussira pas auprès de tous. Il y a des r. d. c. qui ont acquis un renom si universel, que tous, même ceux qui n'ont jamais été en relation avec elle, la connaissent par ouï-dire et ont l'intime conviction qu'elle mérite toute confiance; c'est devenu un fait notoire. Ce sont là les clients futurs, virtuels, de l'établissement; c'est à cette maison là qu'ils s'adresseront, plutôt qu'à toute autre, s'ils ont à faire une commande qui rentre dans le genre de ses affaires. Ces personnes ne retrouvant plus le nom qui, pour eux, était le garant des qualités de l'établissement, s'adresseront à quelque concurrent. Ils n'iront pas s'informer quelle raison a succédé à la première. Une raison commerciale qui est dans toutes les bouches, sur la valeur de laquelle il existe une „communis opinio", attirera toujours une foule de clients nouveaux; cette force d'attraction disparaît avec la raison elle-même. — Tels sont en résumé les griefs formulés par les commerçants contre le système actuel.

Nous ne parlerons pas des frais, des désagréments qu'une modification de la r. d. c. entraîne pour une grande maison, des changements à apporter aux étiquettes, aux marques de fabrique, aux en-tête de lettres, des correspondances qui s'en suivent, des circulaires à envoyer et des pouvoirs à renouveler, toutes choses coûteuses et accompagnées souvent de formalités nombreuses. Ce sont là des inconvénients secondaires qui ne peuvent être d'une influence décisive sur notre manière de voir en principe.

D'après les renseignements que j'ai pu receuillir dans les cercles intéressés, les inconvénients que je viens de signaler se font sentir à des degrés très divers dans les différentes branches d'industrie. Il est des industriels qui pensent que la r. d. c. a perdu son ancienne valeur; que les temps sont passés où il existait entre fournisseur et clients un lien personnel et durable; que la clientèle change en peu de temps et que les maisons nouvelles succèdent rapidement aux anciennes.

Cela est sans doute vrai pour les industries où, comme dans celle des produits chimiques p. ex., la qualité et le prix du produit, qu'il est facile de contrôler, sont les seuls facteurs que l'acheteur prenne en considération. Il en est autrement lorsque la qualité de l'objet fabriqué ne se révèle que par un usage plus ou moins long, comme c'est le cas p. ex. pour l'industrie de machines, pour l'horlogerie, etc.; ici, l'acheteur doit s'en remettre à la bonne foi du vendeur. — Il importe de distinguer également si le fabricant vend ses produits à d'autres commerçants, à des revendeurs, ou directement aux consommateurs, au gros public qui ne possède pas de connaissances techniques; dans le premier cas, un changement de raison est moins à craindre que dans le second. Les gens d'affaires comprennent que, malgré le changement de nom, l'établissement puisse conserver la même valeur intrinsèque ; ils sont mis en garde par ce changement, mais étant compétents pour juger par eux-mêmes de la marchandise qui leur est livrée, ils restent fidèles à leurs fournisseurs tant que la qualité des marchandises reste la même. Tel paraît être le cas pour la fabrication des soieries, p. ex. La circonstance enfin qu'une maison ne fait des affaires que dans un rayon local restreint ou qu'elle étend au contraire le cercle de ses opérations à des pays d'outre-mer ou à des contrées moins civilisées que la nôtre, constitue à notre point de vue une différence essentielle. Dans le premier cas le chef de la maison est personnellement connu des clients; s'il vient à changer, le public ne peut manquer de s'en apercevoir; dans le second cas, au contraire, les consommateurs ne connaissent la maison que par sa raison commerciale; si celle-ci est modifiée, ils sont désorientés, n'étant pas à même de se faire une idée des conséquences pratiques qu'un changement de personnes aura pour eux.

Pour assigner à chacun de ces facteurs l'importance qui lui revient, une enquête détaillée serait nécessaire auprès des commerçants suisses. Il est cependant possible de se faire une idée approximative des intérêts engagés dans notre question si l'on considère l'importance qu'a pour la Suisse l'exporta-

tion en général; c'est en grande partie dans elle que la Suisse puise les ressources nécessaires pour s'approvisionner à l'étranger de toutes les denrées qu'elle ne produit pas. Il semble donc être de bonne politique de tenir compte dans une mesure plus large des intérêts de la grande industrie, spécialement de celle qui vit de l'exportation, que de ceux de la masse des petits négociants qui sont bien plus la conséquence que la cause efficiente de la prospérité du pays. Tel était un des principaux motifs pour lesquels l'Allemagne, qui vient de réviser son c. de c., a laissé subsister la transmissibilité des r. d. c. (v. rapport de la commission parlementaire: Nr. 735 der Anlagen zum stenographischen Berichte des Reichstags 9. Leg. Per., IV. Session 1895/97, S. 14—16).

Nous venons de voir tout le préjudice qu'un changement du nom commercial peut causer à un établissement. Il est naturel que les commerçants cherchent à y échapper. Un des moyens qui s'offrent à eux est de se constituer en société anonyme. Il est certain que beaucoup de sociétés en nom collectif ont adopté la forme d'une société par actions à la seule fin d'être dispensées des continuels changements de r. d. c. De pareilles sociétés ne sont anonymes que par la forme; en réalité ce sont les mêmes personnes qui demeurent intéressées à l'entreprise et qui la dirigent. Or, cette tendance d'exclure toute résponsabilité personnelle et de faire de toutes les entreprises industrielles la propriété d'une réunion d'actionnaires, être impersonnel et essentiellement égoïste, n'est certainement pas heureuse et ne mérite pas d'être encouragée.

Un autre moyen s'offre à nos négociants pour se soustraire aux dangers d'une modification de leur r. d. c., c'est de transférer le siège principal de l'établissement à l'étranger pour ne laisser en Suisse que des succursales ou d'ériger une succursale existant à l'étranger au rang d'établissement principal et de donner aux établissements suisses le titre de succursales. Seules les maison importantes peuvent recourir à ce moyen d'éluder la loi. Si le transfert du siège principal ou de l'établissement tout entier n'est que fictif, l'effet moral

qu'il produit n'est pas des meilleurs; s'il est réel, il cause à la Suisse un tort matériel considérable.

Ces considérations de politique commerciale ne doivent pas rester complétement étrangères à la solution de notre question.

Il faut d'ailleurs reconnaître que la faculté pour un établissement de conserver pendant tout le temps de son existence la même r. d. c. n'a pas que des avantages matériels. Il est certain que le commerçant a plus à cœur de maintenir le bon renom d'un établissement dont le nom lui a été transmis de génération en génération; il est fier de posséder cette signature qui a un passé et une histoire; il met son honneur à s'en montrer digne. La r. d. c. est le trait d'union, visible aux yeux de tous, entre le propriétaire actuel de la maison et tous ses prédécesseurs; il crée entre ses actes et les leurs une solidarité morale qui, tout en lui imposant des devoirs, lui donne conscience de sa valeur. Avec notre droit actuel, une r. d. c. n'a plus d'histoire. C'est une dénomination éphémère et incolore, qui, changeant toujours, ne reçoit jamais la sanction du temps. S'il est vrai que l'obligation pour le commerçant de faire les affaires sous son propre nom donne certaines garanties morales d'une gestion plus consciencieuse, il faut reconnaître que le système contraire a non moins d'avantages en ce qu'il assure dans la classe des commerçants et des commerçants honnêtes, le règne de saines traditions.

A quel système donner la préférence? Faut-il permettre que les r. d. c., sincères au début, soient transmises librement avec l'établissement qu'elles désignent ou faut-il au contraire exiger que la r. d. c. réponde toujours à la réalité? Les prétentions que les commerçants font valoir en faveur de la première alternative sont-elles justifiées?

Il semble à première vue que l'on ne puisse avoir un intérêt légitime à dire une chose contraire à la vérité et que la loi ne puisse assurer à quelqu'un le droit de se donner le nom d'autrui; tout au plus pourrait-elle le tolérer comme un abus auquel on ne peut toucher sans léser de graves intérêts. Il y a plus: la loi elle-même s'efforce par l'institution du

reg. du c. de faire connaître à tous quels sont les propriétaires véritables des maisons de commerce; elle fait un devoir aux tiers de connaître le contenu du reg. du c. et personne ne peut prétexter l'ignorance des faits qui y sont inscrits. Et cette loi ne saurait, sans se mettre en contradiction avec elle-même, autoriser les commerçants à cacher ce qu'elle met tant de soins à publier. Ce serait, semble-t-il, travailler à l'encontre de son propre but.

L'objection serait fondée, si la raison commerciale n'avait d'autre but que de reproduire les noms de ceux qui sont à la tête de la maison. Si tel était le cas, elle manquerait son but et n'aurait aucun droit de subsister, dès qu'elle contiendrait d'autres noms que ceux des propriétaires de l'établissement. Or, ce n'est là, ni en fait ni en raison, la fonction essentielle du nom commercial. Nous avons déjà vu que certains pays appliquent le système de la liberté complète dans le choix des r. d. c.; celles-ci ne sont dans aucun rapport logique avec la maison qu'elle désignent et pourtant ce sont des r. d. c. répondant, si ce n'est toujours, du moins la plupart du temps, au but qu'on leur assigne: elles désignent en la distinguant de toutes les autres, la maison de commerce ainsi nommée. La fonction des r. d. c. est, il est vrai, plus étendue là où la loi exige qu'elles renferment le nom du ou de l'un des commerçants à la tête de la maison. Ici le public, à moins qu'il ne mette le nez dans le reg. du c., est induit en erreur si, d'un jour à l'autre, une raison, sincère jusqu'alors, devient fictive, si les personnes qui y sont nommées quittent l'établissement sans que rien dans le nom de celui-ci l'indique.

Cela est vrai; mais ce n'est pas un motif péremptoire pour empêcher la transmission d'une raison. Le nom des personnes en lui-même, nous l'avons déjà dit, ne fait rien à l'affaire; les tiers ne peuvent pas prétendre, pour satifaire à une pure curiosité, empêcher les commerçants de garder une raison devenue inexacte, alors que ceux-ci ont un intérêt capital à le faire. Ce qu'il importe aux tiers de savoir, c'est si la r. d. c. a perdu ou gagné en passant de telles mains dans telles autres; c'est la valeur intrinsèque de la maison et non

la personne des propriétaires qui est essentielle pour eux. Ils ne peuvent raisonnablement pas se plaindre d'avoir cru, sur la foi de la r. d. c., que le titulaire de l'établissement était M. *Lenoir* tandis qu'en réalité c'est M. *Leblanc,* si le changement de personnes lui-même ne leur a pas causé de préjudice matériel. Des questions de sympathie et d'antipathie personnelles ne peuvent évidemment pas entrer en ligne de compte. La r. d. c. ne doit pas être déceptive, c'est-à-dire trompeuse. Or, nous posons en principe qu'une r. d. c. inexacte n'est déceptive que lorsque la maison qu'elle désigne a perdu de sa valeur intrinsèque par suite de la cession du fonds de commerce à un nouveau propriétaire; mais que sauf ce cas, il est indifférent qu'elle renferme le nom de X. ou d'Y.

Le C. O. veut que la raison soit en toutes inconstances sincère; pour lui est seule sincère la raison qui ne désigne ni directement ni indirectement, comme chef de la maison, une personne qui ne l'est pas. C'est là un système tout formaliste, dont les avantages ne compensent nullement les sacrifices qu'il impose aux commerçants. Que le titulaire s'appelle Jean ou Jacques, si la maison reste la même, qu'importe? Au principe de vérité de pure forme nous voudrions substituer un principe de vérité matérielle d'après lequel la r. d. c. n'aurait pas à changer tant que la maison conserverait sa valeur ancienne quelles que soient les personnes qui la dirigent.

La difficulté est de savoir quand ce changement interne se produit.

Deux facteurs déterminent la valeur d'une maison de commerce: pour les créanciers sa solidité financière, pour les clients la qualité de ses marchandises ou des services économiques qu'elle leur offre.

a) Créanciers.

Quant au *crédit* d'une maison de commerce, il est certain qu'il est étroitement lié à la personne du commerçant.[1]) En

---

[1]) Dans ce qui va suivre nous ne parlons, à moins de mention expresse, que des maisons individuelles; il sera question de la société en nom collectif plus tard.

effet, la sûreté qu'une maison de commerce offre à ses créanciers dépend, d'une part, de la fortune du propriétaire, et, d'autre part, de la probabilité plus ou moins grande de voir augmenter ou diminuer cette fortune à l'avenir, circonstance qui est elle-même la conséquence directe des talents et du caractère du commerçant. Or, il apparaît clairement que, si le propriétaire d'un établissement change, les deux facteurs qui déterminent le crédit de la maison, à moins d'un hasard, changent avec lui. En effet, rien ne permet, objectivement parlant, de présumer que le successeur possèdera la même fortune que son prédécesseur et qu'il en fera le même usage.

Cela est évident, lorsque l'acquéreur du fonds de commerce est une personne étrangère jusqu'alors à l'établissement.

Il en est autrement lorsque c'est l'héritier ou l'un des héritiers du propriétaire précédent qui lui succède puisqu'alors la fortune du défunt passe en tout ou en partie au successeur. On pourrait donc peut-être sans léser les intérêts des créanciers permettre le transfert de la r. d. c. à l'héritier, testamentaire ou ab intestat, du chef de la maison. Mais une règle pareille serait nécessairement arbitraire; pour quelle part le successeur devrait-il être héritier? comment contrôler si le paiement de cette quote-part à lieu effectivement? Enfin, ne faudrait-il pas avoir égard à l'état de fortune de l'héritier lui-même dont les dettes pourraient fort bien absorber l'actif de sa part de succession?

Il n'existe donc à l'heure qu'il est aucun critère qui permette de mesurer le crédit du successeur d'une maison de commerce à celui que possédait le propriétaire précédent et si la transmission de la r. d. c. ne pouvait être accordée qu'à cette condition, il faudrait assurément l'interdire.

Il en serait sans doute autrement si la loi permettait aux commerçants isolés et aux sociétés de commerce personnelles de placer dans leurs entreprises commerciales un capital auquel ils limiteraient leur responsabilité, et s'il était possible de contrôler en quelque manière l'existence de ce capital; dans ce cas, la transmission de la r. d. c. à un successeur, dont le fonds de garantie serait égal à celui de son prédé-

cesseur ne ferait pas courir d'appréciables dangers aux créanciers. En Suisse le principe de la responsabilité limitée n'a encore trouvé d'application que dans les sociétés anonymes et en commandite.

Mais nous pensons que la conservation du crédit n'est pas d'une importance décisive dans notre question.

Ceux qui font crédit à une maison de commerce, non d'une façon continue ensuite de relations d'affaires suivies, mais occasionnellement, pour faire un prêt, p. ex., ne se dessaisissent évidemment pas de leurs fonds avant de savoir à qui ils les confient; on ne prête pas à un établissement mais à la *personne* qui en est le chef; il n'est pas concevable qu'un bailleur de fonds, quelque inexpérimenté qu'il soit en affaires ne s'aperçoive pas à qui il a affaire pendant les pourparlers qui précèdent toute opération de ce genre. Il n'est donc pas à craindre que cette catégorie de créanciers soit induite en erreur par une raison inexacte.

La situation est différente pour ceux qui font crédit d'une manière continue et par profession à une maison de commerce soit qu'ils lui livrent des marchandises, soit qu'ils escomptent ses effets de commerce. Si cette maison vient à passer en d'autres mains, sans que la r. d. c. le fasse voir, les créanciers continueront peut-être avec la maison nouvelle sur la base du même crédit les relations qu'ils avaient entretenues jusque là avec l'ancienne; ils s'exposent à des pertes s'ils n'apprennent que trop tard le changement de personnes qui s'est produit.

Il faut remarquer cependant qu'il s'agit ici presque exclusivement de commerçants ou de gens versés en affaires, habitués, en leur qualité de créanciers à ne pas perdre de vue les fluctuations du crédit de leur débiteur; tout ce qui peut menacer ce crédit, la situation économique générale, les relations d'affaires entretenues par la maison débitrice, les faits et gestes de son chef sollicite à toute heure leur attention. Le changement du chef de la maison n'est qu'une éventualité entre mille et d'autant moins dangereuse qu'elle est plus difficile à cacher. La f. o. s. du c. en effet publie le fait, et

il est du devoir du commerçant diligent, comme aussi de son intérêt, de se tenir au courant des inscriptions au registre qui concernent sa branche. Sa disposition les moyens d'investigation désirables. Il n'y a donc rien d'exclusif de la part du législateur de partir de la présomption qu'effectivement les commerçants lisent la feuille officielle du commerce.

Il est d'ailleurs d'un usage général entre gens d'affaires d'annoncer par circulaires aux intéressés les faits dont nous parlons. L'institution même du reg. du c. avec sa publicité étendue y oblige indirectement les commerçants. Ils ne peuvent espérer que l'inscription au registre publiée par la feuille officielle (et reproduite quelque fois par des journaux locaux) échappe à leurs créanciers; en cherchant à dissimuler les faits inscrits ils risqueraient fort d'éveiller leur méfiance; ils préfèrent donc prendre les devants et les annoncer d'eux-mêmes par circulaires. Il est vrai que les créanciers étrangers ne jouissent pas de ces facilités d'information, mais c'est à eux avant tout de parer aux inconvénients que leur crée leur éloignement. D'ailleurs, ici encore, les circulaires sont de mise et il est fort probable que d'autres circonstances, p. ex. la signature différente du nouveau propriétaire, leur revèleront avant longtemps l'état réel des choses, même si les intéressés cherchaient à le leur cacher. Ce qui prouve que les créanciers ne se laissent pas tromper sur le crédit de la maison nouvelle et qu'il n'est pas possible de faire passer le crédit de la maison ancienne à celle qui lui succède, c'est que l'acquéreur d'un fonds de commerce compte bien pour quelque chose dans le prix de vente la clientèle que le vendeur lui assure, mais qu'ils n'y fait pas entrer le crédit de son prédécesseur et n'en paie pas l'équivalant. Enfin, nous ne nions pas que bien des industriels n'aient des fournisseurs non commerçants, p. ex. des paysans cultivant la betterave ou le houblon; mais ces gens là ne sont pas à même de faire un crédit bien large, ils sont payés comptant ou à brève échéance; leurs relations personnelles avec le fabricant ou l'industriel leur permettent en général de constater de visu ou d'apprendre à bonne source les changements de quelque importance qui se produisent dans le personnel dirigeant de l'établissement.

Quant aux personnes qui confient à une maison de commerce, dans un but spécial, des marchandises ou des valeurs, p. ex. en dépôt ou en commission, ou pour être expédiées, elles ne peuvent être assimilées aux créanciers proprement dits; leur intention n'est pas tant de faire crédit que de louer les services professionnels de la maison qui les offre; ils ne cherchent pas tant à savoir pour combien cette maison est *bonne*, que si les personnes qui sont à sa tête méritent confiance; c'est pour eux moins une question de crédit que de confiance personnelle. Si le commerçant est honnête son insolvabilité ne leur unira pas. Il nous paraît donc juste de les ranger non dans la catégorie des créanciers, quoiqu'ils puissent l'être juridiquement, mais plutôt dans celle des clients.

b) Clients.

Pour les clients d'un établissement le transfert de la r. d. c. a une portée bien différente de celle que nous venons d'esquisser.

Les clients sont quelquefois commerçants aussi, p. ex. les revendeurs, les commissionnaires exportateurs; mais c'est plus souvent encore le gros public laïque en affaires, auquel les industries spéciales dont il tire les objets de sa consommation sont étrangères.

Il n'est pas à même de constater les qualités et les défauts des marchandises au moment où il les achète; l'expérience seule les lui révèle. C'est donc de confiance qu'il s'adresse à la maison qui l'a bien servi précédemment et l'on sait que la masse des consommateurs n'est que trop confiante; le consommateur ne va pas, à chaque emplette, consulter le reg. du c., le nom du fournisseur lui suffit. Le commerçant, s'il pouvait conserver la r. d. c. de son prédécesseur, ne lui enverrait pas ses circulaires; c'est précisément parce qu'il compte sur l'esprit conservateur et confiant de la clientèle qu'il paie à beaux deniers comptant le nom commercial; il n'ira pas lui-même jeter l'incertitude dans l'esprit du public; et l'expérience prouve qu'il ne se trompe pas dans ses spéculations. Mais

est-ce une spéculation permise? Le législateur doit-il reconnaître la prétention de la transmissibilité de la r. d. c.?

On dira qu'en réalité le public ne se laisse pas si facilement tromper, qu'il sait parfaitement à qui il s'adresse et que s'il est déçu dans son attente, il est libre de chercher quelqu'autre fournisseur. A cela nous répondrons que si le public ne se laissait pas prendre à cette similitude de noms, les commerçants n'auraient rien à redouter du changement de la r. d. c., puisque la raison modifiée n'indiquerait au public que ce qu'il connaît déjà. Or, l'expérience prouve qu'en général les commerçants ont intérêt à la conservation de la r. d. c. et cet intérêt donne l'exacte mesure de l'ignorance dans laquelle se trouve le public sur le véritable état des choses.

Il est vrai que le registre est ouvert à tout le monde, que le public n'a qu'à le consulter et que s'il néglige de le faire et s'en trouve mal il ne peut s'en prendre qu'à lui-même.

Assurément, les tiers sont censés connaître les faits inscrits au reg. du c. ainsi qu'il résulte de l'art. 861, al. 2 du C. O.; mais il n'est pas moins certain qu'une grande partie du public les ignore. Et rien n'est plus naturel; le simple particulier qui achète les objets de son usage de la maison X Y n'a qu'un faible intérêt de savoir si depuis son dernier achat le propriétaire est resté le même; le risque qu'il court de recevoir une marchandise moins bonne n'est pas si considérable qu'il vaille la peine d'aller consulter le reg. du c. ou de lire régulièrement la f. o. s. du c. La peine et le temps exigés par ces recherches ne seraient pas compensés par l'avantage que ce particulier pourrait attendre de la connaissance de l'exacte vérité. C'est donc son intérêt économique lui-même qui commande au public de se fier à l'apparence de la r. d. c., quitte à être détrompé par l'expérience. Le législateur ne peut donc pas raisonnablement supposer que le public soit au courant des faits inscrits au reg. du c.

Si le C. O. (art. 863, al. 1, et 861, al. 2) a établi la présomption que les tiers connaissent le contenu du reg. du c., c'est qu'il ne peut se passer de cette présomption. Si les

tiers ignorent les inscriptions au reg. du c. la loi ne peut en faire souffrir ceux qu'elle oblige à les faire. Sous peine de faire perdre à ce registre toute son utilité, les faits qui y sont inscrits doivent nécessairement être réputés connus de tout le monde. Mais toute autre est la question qui se pose de lege ferenda à savoir quels faits doivent être inscrits au reg. du c. et s'il est bon d'étendre la fiction légale que tout ce qui y est inscrit est connu de ceux que cela intéresse. Le législateur étendrait cette fiction, si pour faire connaître au public des modifications, qui actuellement lui sont revélées par le changement très apparent de la r. d. c., il s'en tenait à la seule inscription au reg. du c. Quant aux faits dont la loi exige actuellement l'inscription, les commerçants n'ont pas intérêt, étant donné le principe de la sincérité des r. d. c., à les dissimuler et l'insuffisance de la publicité qui leur est donnée par le reg. du c. ne leur profite pas. Il n'en serait pas de même si on leur permettait de transférer telle quelle une r. d. c. par une simple inscription au registre. L'intérêt que les commerçants ont à transmettre la r. d. c. consiste précisément, nous l'avons vu, en ce que le changement qui s'opère sous ce nom invariable n'est pas connu du public. Les commerçants spéculent donc précisément sur l'insuffisance du reg. du c. et sur l'ignorance dans laquel reste le public; ils ne sauraient alléguer la publicité du reg. du c. pour justifier une prétention qui n'a de raison d'être que par l'insuffisance de cette publicité même. Si, là où cela est nécessaire, le législateur peut mettre à la charge des tiers les conséquences d'une ignorance en soi fort excusable, il ne doit pas le faire sans nécessité ni surtout à la seule fin de satisfaire ceux qui veulent exploiter cette ignorance.

Nous maintenons donc que la transmission de la r. d. c. n'est légitime que lorsque le public n'est pas induit en erreur sur la valeur intrinsèque de la maison de commerce elle-même, mais que dans ce cas elle est légitime, même si elle devait tromper le public sur la personne du commerçant.

Mais comment s'assurer qu'une maison quoique reprise par un propriétaire nouveau est restée la même quant à ses

qualités essentielles? Est-il possible de trouver la formule juridique de ce postulat de la raison? Sous la forme générale dans laquelle nous venons de l'énoncer, ce principe quelque juste qu'il puisse être est inapplicable. Voyons s'il n'est pas possible de distinguer par un signe commun, reconnaissable au juge, les cas ou du moins certains d'entr'eux, où la maison de commerce conserve, malgré le changement de son chef, la même valeur pour sa clientèle.

Comme nous l'avons dit, c'est le gros public qu'il s'agit de protéger. C'est lui qui souffrira de la fraude, s'il s'en produit dans le transfert de la r. d. c. Celui qui s'adresse à une maison dont-il connaît le nom, éprouvera un sensible dommage si, au propriétaire honête, en a succédé un autre qui ne vise qu'à exploiter le public. Les pertes matérielles du public, dont s'enrichit ce commerçant, se répartissent, il est vrai, sur un grand nombre de personnes, dont chacune n'en supporte qu'une faible partie. Voilà pourquoi on n'entend pas plus de plaintes dans les pays qui admettent la transmission de la r. d. c. Ceux qui auraient motif de se plaindre sont de petites gens qui ne se rendent pas même compte de l'injustice dont ils sont victimes, et qui ne font pas grand bruit du dommage, en somme peu considérable, qu'ils souffrent. Il est dès lors difficile d'entendre l'avis du principal intéressé à la question, du public. Les commerçants, à la caisse desquels les prix payés par le public affluent pour constituer une différence de recettes fort appréciable, sont seuls à faire entendre leur voix; ils se récrient lorsqu'on les empêche de transmettre à leurs héritiers ou à un tiers acquéreur un nom dont ils connaissent le prix, mais ils ne s'inquiètent guère de savoir comment le public se trouvera de ce changement. C'est donc au législateur à veiller aux intérêts du public.

Et quand existe-t-il entre le devancier et le successeur un lien assez fort pour que l'on puisse admettre avec quelque probabilité que l'établissement sera maintenu par le nouveau propriétaire à la hauteur de ce qu'il était jusqu'alors?

Le fait seul que le titulaire d'une raison commerciale en permet l'usage à un autre n'offre pas une garantie suffi-

sante. La supposition paraît à première vue plausible qu'un honnête homme ne confie pas son nom à un personnage douteux et que celui qui agrée un successeur médiocre ne valait lui-même pas mieux. Mais ce raisonnement, tendant à appliquer par analogie l'adage: tel père, tel fils, n'est pas probant. En fait l'intérêt pécuniaire l'emporte souvent chez celui qui vend son fonds de commerce sur le souci de l'honneur de son nom et puis cette garantie perdrait beaucoup de sa force dès qu'il s'agirait d'une raison déjà transmise elle-même et par conséquent formée d'un autre nom que celui du vendeur; enfin l'acquéreur peut-être un inconnu, un homme nouveau. D'ailleurs ce n'est pas seulement le caractère du successeur qui est en cause; pour les clients, ses talents et son expérience ne sont pas moins importants. Or, les scrupules de l'homme le plus consciencieux ne vont pas jusqu'à refuser l'usage de sa raison commerciale à un successeur parfaitement honorable mais moins capable, et d'autre part il se peut fort bien que le chef de la maison se soit fait une réputation méritée non pas par ses qualités morales mais uniquement par son intelligence et ses connaissances techniques; au moment de se retirer des affaires, il n'hésitera pas à vendre sa r. d. c. au plus offrant.

Le *prix*, plus ou moins élevé, *payé pour la r. d. c.*, il est à peine besoin de le dire, ne permet pas davantage de décider si l'acquéreur se montrera digne du cédant; l'élévation du prix payé n'est pour l'acquéreur qu'un stimulant d'exploiter au mieux ce nom si précieux.

Il faut donc qu'il existe entre ces deux personnes qui se suivent sous le même nom commercial un lien plus étroit. Le c. de c. allemand demande que le *fonds de commerce* soit transmis avec la raison commerciale. Le législateur allemand estime que la permanence de l'établissement est suffisamment assurée par le fait de la transmission du fonds de commerce et que dès lors le public n'est pas induit en erreur si le nom commercial reste le même.

D'abord, que faut-il entendre par le fonds de commerce (Geschäft)? Pour le commerçant, le terme en dit assez; c'est

tout ce qui, objectivement, constitue la maison de commerce; l'agencement, les provisions de marchandises, le personnel, les relations d'affaires. Pour, nous elle manque de la précision indispensable à toute notion juridique.

La jurisprudence allemande est indécise sur ce point. La commission de Nuremberg discutant le projet du c. de c. actuel avait paru admettre que le fonds de commerce, au sens de l'art. 22 de ce code, n'était transmis que lorsque l'actif et le passif de l'ancienne maison passaient au successeur. Les tribunaux ont décidé que ni la reprise de tout l'actif ni celle du passif ne constituait un élément essentiel de la continuité de l'établissement; c'est au juge à voir, dans chaque cas particulier, si cet organisme économique qu'en allemand on appelle le „Geschäft" est resté le même malgré le changement de propriétaire, ou si, au contraire, il a cessé d'exister par le fait que l'ancien chef s'en est retiré. Mais au moment où le changement du chef de la maison est déclaré au reg. du c., comment le préposé constaterait-il si le réquisit de l'art. 22 du c. de c. se trouve réalisé? Quelle preuve le successeur a-t-il à faire? A ce sujet, il n'existe aucun principe certain et il ne peut en exister. Le fonds de commerce se réduit nécessairement dans beaucoup d'industries à fort peu de chose; on ne peut exiger un fonds de commerce bien considérable d'un commissionnaire, d'un expéditeur, d'un agent d'affaires ni de ces négociants qui font leurs approvisionnements à époques fixes. Le fonds de commerce de ces commerçants ne peut consister que dans leurs relations d'affaires avec leurs fournisseurs et leurs correspondants, ceux-là précisément auxquels le transfert du fonds de commerce doit servir de garantie.[1])

Actuellement déjà nos préposés ont à examiner d'office si celui qui indique dans sa r. d. c. qu'il succède à une autre

[1]) D'autre part, il faut le reconnaître dans beaucoup d'établissements la possession d'un brevet d'invention, d'un secret de fabrication ou d'un outillage très spécial est d'une telle importance que chacun de ces objets pourrait tenir lieu du fonds de commerce tout entier et qu'on pourrait se dispenser de demander autre chose que la transmission de cet élément essentiel à l'industrie en question.

maison, est réellement le successeur de l'établissement indiqué; ils se bornent en général à exiger que le successeur soit expressément autorisé par son auteur à indiquer qu'il lui succède.[1])

Cet examen, peut-être trop superficiel à rigueur de droit, est aujourd'hui sans inconvénients, puisque la r. d. c. ne laisse pas de doute sur le changement de propriétaire qui s'est opéré; il n'en serait plus de même du jour où la raison pourrait être transmise telle quelle. L'intérêt du public exigerait que le préposé s'assurât que réellement le fonds de commerce a été transmis au successeur, et il est facile de voir combien cette tâche serait ardue. En Allemagne même, où les inscriptions au reg. du c. sont reçues par les tribunaux, la plupart des abus ne se découvrent certainement pas au moment de l'inscription[2]), mais dans les procès qui peuvent être intentés plus tard. Il en résulte nécessairement que beaucoup de raisons sont transmises illégalement sans que personne s'y oppose.

Ces difficultés théoriques et pratiques rendent les abus plus faciles; il est arrivé en Allemagne qu'un commerçant, afin de s'assurer l'usage d'un nom connu, a engagé un individu qui le portait légitimement à fonder une entreprise sous son nom, puis, après quelque temps, à la lui transmettre avec la raison commerciale; tel était le cas dans le procès „Faber". Ou bien encore le commerçant se fait transmettre le fonds de commerce d'une personne dont le nom a de la réputation dans une industrie différente, celui d'un cordonnier p. ex., qui s'appelerait „Rœderer," puis, après avoir acquis régulièrement cette r. d. c., le successeur, changeant le genre de ses affaires, se met à faire concurrence à la maison dont

[1]) Pour inscrire le transfert d'une marque de fabrique, le bureau de la propriété intellectuelle demande, en application de l'art. 11 de la loi fédérale du 26 septembre 1890, soit un extrait du reg. du c. constatant que le successeur a repris l'actif et le passif de l'ancienne maison, soit une attestation du chef de celle-ci constatant qu'il a remis la suite de ses affaires à celui qui demande l'inscription de la marque de fabrique.

[2]) On exige en général la production du contrat de vente de l'établissement commercial.

il s'est procuré le nom. Le tribunal de l'Empire allemand a décidé, il est vrai, que de pareilles manœuvres étaient contraires à la loi, mais on voit combien cette loi est facile à éluder, combien il est aisé de simuler l'acquisition d'un fonds de commerce et quelle tâche délicate ce serait pour nos préposés au registre que de contrôler d'office, dans chaque cas, si réellement l'entreprise commerciale a été transmise.

Et pourtant, le manque de précision de la notion du fonds de commerce et les difficultés d'application que présente l'art. 22 du c. de c. allemand ne seraient pas, à notre avis, un motif suffisant pour renoncer au principe lui-même.

Mais nous critiquons l'idée même qui est à la base du système allemand; nous contestons que le fait par le successeur d'acquérir le fonds de commerce de son prédécesseur assure à l'établissement cette permanence des qualités intrinsèques que nous postulons.

Sans doute, si la transmission de la raison doit être permise ce ne peut être qu'à la condition que le fonds de commerce le soit aussi. Celui qui fonde une maison entièrement nouvelle ne peut pas prétendre succéder à la raison d'un établissement qui n'est avec le sien dans aucun rapport organique. La reprise d'un commerce déjà existant est donc une condition indispensable de la continuation de la raison de son propriétaire, mais cette condition à elle seule ne suffit pas.

En effet, s'il n'est pas rare que la maison de commerce conserve la même valeur malgré le changement du propriétaire, ce fait est tout fortuit; il n'est nullement la conséquence nécessaire ni même ordinaire de la permanence de l'établissement au sens objectif du mot. Il est vrai que parfois la personne du propriétaire disparaît p. a. d. derrière l'organisme économique dont il est le chef; les établissements qui possèdent un outillage technique spécial, dont l'exploitation exige la collaboration intellectuelle et physique d'un grand nombre de personnes entre lesquelles le travail est réparti, subissent d'une manière moins immédiate l'influence de leur chef; s'il vient à se retirer ils suivent pendant quel-

que temps encore la voie dans laquelle ils avaient été lancés; le nouveau propriétaire ne saurait, à moins de tout bouleverser, lui donner d'un jour à l'autre une direction nouvelle; et même sous un successeur incapable un établissement de ce genre ne perdrait que peu à peu sa valeur ancienne.

Il est certain que réservée à des établissements de grandes dimensions la faculté de transmettre la raison commerciale aurait moins d'inconvénients pratiques.

Mais n'oublions pas qu'un établissement, quelque impersonnel qu'en paraisse être le mécanisme économique, ne peut se soustraire indéfiniment à l'influence de la personne qui le dirige; au bout d'un temps plus ou moins long les qualités et les défauts de l'intelligence et du caractère du propriétaire pénètrent cet organisme et trouvent leur expression dans la manière dont le commerce est exploité et en dernier lieu dans la qualité des services offerts au public. L'entreprise la mieux lancée n'est dans les mains de son nouvel acquéreur qu'un moyen, qu'un instrument, quelque peu automate, c'est vrai, mais docile à ses ordres. C'est le propriétaire qui en reste l'âme, et il est fort possible que, soit ignorance, soit mauvaise foi, il donne à cette machine placée sous son action un mouvement différent de celui qu'elle avait jusqu'alors, que, se servant du même outillage que son prédécesseur, il en fasse un autre usage. Et s'il en est ainsi le successeur comme tel ne peut prétendre légitimement au nom commercial de son devancier. Il en est à plus forte raison ainsi des petits établissements, dont l'exploitation est entièrement dans la main du chef, où tout est mis en question lorsque ce dernier disparaît et où le nouveau maître imprime dès le début à l'établissement le sceau de son individualité.

Contre cette conception sévère on pourrait invoquer l'exemple de l'Allemagne où, au dire des hommes de loi et des commerçants eux-mêmes, des abus sensibles ne sont pas produits sous le régime que ce pays s'est donné. A cela, nous répondrons deux choses:

1) Que le bon témoignage accordé par les commerçants au système allemand n'est pas absolument probant; il ne

porte que sur les expériences qu'ils ont faites eux-mêmes; or, nous l'avons déjà dit, les commerçants ne sont pas les seuls intéressés, les consommateurs ne le sont pas moins. Le public qui ne peut parler dans son ensemble et qui ne trouve pas de porte-voix assez puissant pour se faire entendre à côté des revendications de la gent marchande, voit ses intérêts relégués à l'arrière-plan.

2) Qu'il est fort possible qu'en Allemagne on n'ait réellement pas fait que de mauvaises expériences avec le système de la transmission assez libre qui y est en usage et que le public lui même ne s'en soit pas mal trouvé. Le législateur, nous ne le contestons pas, pourra voir dans ce fait d'expérience une raison suffisante pour introduire le même système chez nous. Mais ce sont là des considérations plus politiques que juridiques; le jurisconsulte doit s'efforcer de trouver des règles de droit qui par leur excellence même assurent à chacun le sien. Et si nous examinons à ce point de vue le droit allemand nous constatons que les résultats assez heureux, qu'on nous rapporte, ont été obtenus non pas *grâce* au système juridique, mais *malgré* les imperfections de ce système; la cause doit en être cherchée bien plutôt dans les traditions d'honnêteté et de solidité du commerce allemand qui ne met pas à profit autant qu'il le pourrait les défauts de la loi. Certes, la loi allemande a l'avantage de permettre la transmission de la r. d. c. dans tous les cas où cela peut être légitime, mais à ce prix seulement de ne pas empêcher qu'elle ne se transmette aussi dans beaucoup de cas où rien ne le justifie. Si les abus ne sont pas plus fréquents le système n'y est pour rien.

Le législateur suisse pourrait certes compter à aussi bon droit sur l'honnêteté de nos commerçants, mais les plaintes qui s'élèvent de toutes parts contre la concurrence déloyale ne sont pas faites pour l'encourager à se relâcher de sa sévérité à l'endroit des r. d. c.

Quant à nous qui ne sommes pas le législateur, nous demandons en faveur du public d'autres garanties que celles qui résultent de la permanence du fonds de commerce. Entre

le prédécesseur et le successeur il doit exister un lien plus fort, une relation interne et personnelle.

Le lien le plus fort qui puisse unir deux personnes est celui de la parenté; prenons, comme exemple, les relations de père à fils et supposons que le père ait choisi son fils pour lui succéder. Dans ce cas, il y a entre l'ancien et le nouveau propriétaire une affinité de caractère naturelle et l'expérience prouve que souvent le fils continue le commerce dans le même esprit que son père. Le nom que son devancier lui transmet n'est pas pour lui un objet de spéculation, un capital qu'il s'agit de faire rapporter le plus possible; le souvenir de celui qui l'a porté le lui rend cher et il voudra lui faire honneur; autre chose est de savoir s'il le pourra.

Il paraît dur d'empêcher le père de léguer à ses enfants avec son nom la réputation qu'il s'est acquise en travaillant pour eux. Si les prénoms sont identiques le droit actuel déjà permet au fils de se servir de la raison commerciale de son père sans que rien n'indique dans celle-ci le changement du titulaire. L'expérience n'a pas eu, que nous sachions, de mauvais résultats.

La perspective de laisser un jour à ses enfants le nom commercial serait pour le commerçant un puissant stimulant de donner à son nom la plus grande et en même temps la meilleure réputation. Il serait dans l'intérêt du commerce lui-même que le législateur fît appel à ces sentiments naturels. Le nom commercial du fondateur de la maison resterait celui de l'établissement aussi longtemps que ce dernier resterait dans la même famille et cette permanence du nom commercial trouverait sa justification naturelle dans l'unité de la famille. Le nom commercial désignerait non plus un individu déterminé, mais la famille à laquelle appartient le titulaire.

Une difficulté non pas de principe mais d'application consisterait à arrêter le degré de parenté jusqu'auquel la transmission de la raison serait permise. La limite rationnelle me semblerait être le cercle de la famille au sens restreint du mot: parents et enfants, frères et sœurs, ceux qui forment ou ont formé entre eux une véritable communauté de vie;

il faudrait y ajouter l'époux survivant succédant à son conjoint décédé. Nous ne nous arrêtons pas à discuter des cas spéciaux comme celui où le petit fils succèderait à son grand-père ou l'ascendant à son descendant, ni celui où la veuve se remarierait, la loi aurait à les décider dans un sens ou dans l'autre. La limite serait nécessairement arbitraire, mais cela n'empêcherait pas le législateur de sanctionner le principe, s'il était juste, de même qu'il reconnaît le droit de succession malgré l'impossibilité de fixer d'une façon rationnelle le nombre des degrés successibles.

Mais ne serait-il pas logique autant qu'équitable de faire un pas de plus et de mettre les employés de l'établissement qui ont mis eux-mêmes la main à la pâte sur le même pied que les parents?

Entre l'établissement et la personne qui lui voue ses services il se forme peu à peu comme un lien sympathique, une affinité de caractère, qui permet d'affirmer que cet employé, une fois à la tête de l'établissement, en respectera les traditions et le caractère. L'idée en elle-même serait admissible; la difficulté est de la formuler d'une façon assez précise pour en faire une règle de droit: à quels employés accorderait-on cette faveur? Combien d'années de service exigerait-on d'eux?

Si c'est l'emploi qu'une personne a revêtu dans une maison de commerce qui lui confère le droit d'en conserver le nom, il faut au moins que cet emploi l'ait mise en situation d'acquérir les connaissances qui lui seront nécessaires comme chef de la maison; un emploi subalterne ou spécial ne prépare point à cet avancement. Il serait difficile de définir les fonctions que l'employé devrait avoir remplies pour être jugé digne de reprendre les affaires de son chef sous la même r. d. c. Suffirait-il qu'il ait dirigé la partie technique ou la partie commerciale seulement de l'entreprise, et avec quelles compétences? Etant donnée l'infinie diversité dans la division du travail dans les différentes industries et les différents établissements, il serait impossible de classer tous les employés suivant la nature et l'importance de leurs fonctions. Il n'en est que quelques uns dont la loi définit la position

juridique: les voyageurs de commerce (art. 429, C. O.) rendent des services trop spéciaux; le représentant commercial (art. 426—428, C. O.) peut représenter à teneur de l'art. 426 le chef de la maison pour toutes les affaires formant l'objet de son commerce, mais son mandat peut aussi être limité à certaines opérations spécialement déterminées. Restent les fondés de procuration (art. 422 suiv., C. O.); ils ont, de par la loi, des pouvoirs étendus; ils ont la faculté, à l'égard des tiers de bonne foi, de souscrire des engagements pour le chef de la maison et de faire au nom de celui-ci tous les actes que comporte le but du commerce. C'est un poste de confiance que le fondé de procuration occupe et c'est cette confiance que lui témoigne son chef, bien plus que les pouvoirs que lui accorde la loi, pouvoirs dont il n'use peut-être pas, qui le désignent naturellement comme le successeur de la maison.

Nous ne craindrions donc pas de traiter à part les cas spéciaux que nous avons mentionnés; le traitement plus favorable accordé aux membres de la famille et aux fondés de procuration du chef de la maison trouverait sa justification dans les liens étroits que la nature et le travail en commun créent entre les premiers et le dernier. Ce système, qui a été réalisé en partie dans le droit suédois (v. page 41), n'est pas sans attraits et il vaudrait la peine d'en faire l'essai; au point de vue juridique toutefois il prête à la critique: on a vu des enfants ressemblant fort pas à leurs parents, le fils n'a pas toujours ni le même caractère ni les mêmes talents que son père; ce sont là choses individuelles; et quant aux fondés de procuration il serait osé de poser en principe qu'ils sauront conserver à l'établissement de leur chef toutes les qualités qui en faisaient la valeur aux yeux des clients.

Nous n'avons traité jusqu'à présent que des maisons individuelles; la question change de face lorsqu'il s'agit de société en nom collectif, avec ou sans commanditaires.

Dans la **société en nom collectif**, la direction des affaires est entre les mains de plusieurs personnes; lorsque toutes disparaissent à la fois et que l'établissement passe à une société nouvelle, la situation est évidemment la même que

s'il s'agissait d'une raison individuelle. Mais si une partie seulement des associés change, sans que la société soit dissoute, le changement est beaucoup moins profond. Il faut, pour que la société ne cesse pas d'exister, qu'un des associés au moins reste si les autres font place à des personnes nouvelles. L'élément nouveau est donc tempéré par l'élément ancien. Cette société renouvelée a-t-elle droit à la r. d. c. existante même si celle-ci ne répond plus aux exigences de l'art. 869 ?

Si pour les maisons individuelles nous avons exigé comme condition de la transmission de la r. d. c. une relation personnelle entre le chef et son successeur, cela ne nous semble pas nécessaire pour les sociétés en nom collectif; le fait même que les associés nouveaux ont été librement choisis pour faire partie de la société nous paraît renfermer des garanties morales suffisantes.

S'ils ne possédaient pas les qualités nécessaires pour maintenir l'entreprise à la hauteur de ce qu'elle était précédemment, ils n'auraient vraisemblablement pas été pris comme associés; une société existante a le plus grand intérêt à ne pas s'adjoindre des compagnons incapables ou indignes de leur confiance. Cet intérêt est le plus sûr garant des qualités intellectuelles et morales des nouveaux venus, le législateur n'en saurait trouver de meilleur. Et quant aux relations entretenues avec le public, clientèle et créanciers, à la manière plus ou moins loyale de traiter les affaires, il est certain que des commerçants scrupuleux dans leurs rapports commerciaux ne voudront pas d'associés auxquels tous les moyens sont bons; que, dédaignant eux-même le gain déshonnête, ils ne feront pas cause commune avec des gens qui ne visent qu'à exploiter le public. Si, au contraire, une maison reçoit un associé plus habile que consciencieux, cette maison elle-même ne méritait pas grande confiance et la recrue qu'elle fait ne changera guère sa physionomie. Une société commerciale se recrute en général d'éléments qui lui sont semblables. Les tiers ne sont donc pas trompés par le fait que la r. d. c. ne laisse pas supposer le changement qui s'est opéré.

Nous ne croyons pas, d'autre part, qu'il faille avoir égard au nombre des associés nouveaux comparé à celui des anciens et déclarer p. ex. que la r. d. c. peut être gardée si les associés restants sont les plus nombreux. Il arrive souvent qu'il y a nombre égal des deux parts; une pareille disposition serait, d'ailleurs, facilement éludée.

Les ressources financières peuvent, il est vrai, être profondement altérées, si un associé riche est remplacé par un pauvre; mais nous avons déjà exposé plus haut pourquoi, à notre avis, la permanence du crédit ne doit pas être une condition sine qua non de la transmission de la r. d. c. Nous remarquerons ici encore que les anciens associés sont tenus sur tous leurs biens pendant cinq ans après leur sortie de la société des dettes de celle-ci antérieures à leur sortie. Les anciens créanciers ne peuvent donc que gagner à l'entrée d'un nouvel associé. Quant aux avances faites à la société nouvelle sur la foi de la raison commerciale restée la même, elle ne sont plus garanties, il faut le reconnaître, que par la fortune de la société et des associés actuels; mais si la société ne présente plus à l'avenir la même surface financière, il n'est pourtant pas probable que, solide jusqu'alors, elle devienne insolvable par le fait de la sortie d'un associé.

Nous pensons donc qu'une société en nom collectif peut garder la même r. d. c. tant qu'elle subsiste elle-même.

Cette proposition repose sur le principe de la vérité matérielle de la r. d. c.; lorsque la maison reste la même, la r. d. c. doit pouvoir rester la même aussi, quels que soient les noms des personnes physiques qui la dirigent. Ainsi que nous l'avons déjà exposé plus haut, le système suisse n'exige point que la r. d. c. change toutes les fois qu'un des associés d'une société en nom collectif change; il ne l'exige que lorsque ensuite de ce changement la raison se trouverait inexacte. Toutes les fois que ce n'est pas le cas, et en particulier lorsque c'est un des associés représentés par l'adjonction „et Cie" qui change sans toutefois que la société cesse d'exister, la même raison sociale subsiste et rien n'indique aux tiers ce qui s'est passé; les mots „et Cie" peuvent même désigner

d'un jour à l'autre non plus un ou plusieurs associés en nom collectif mais un simple commanditaire. Et pourtant, l'on ne reproche pas tant à ce système d'induire le public en erreur sur la personne des associés que de manquer de logique, d'être sévère envers les uns, indulgent envers les autres. Le système que nous préconisons est actuellement déjà, du moins en partie, en vigueur chez nous, puisque toutes les fois que la raison sociale renferme les mots „et Cie,“ elle demeure identique tant que l'associé dont le nom précède cette adjonction reste en société. La conservation de la r. d. c. primitive par une société en nom collectif pendant toute la durée de son existence n'aura donc pas des effets inattendus.

La continuité de la maison est d'ailleurs assurée non seulement par le fait que tous les associés ne changent pas à la fois, mais aussi parce que la société, tant qu'elle subsiste, est tenue, de par la prescription impérative de l'art. 565, de toutes les dettes antérieures consenties sous son nom. Ce fait garantit dans une certaine mesure que les successeurs de la maison ne simuleront pas la continuation de la société à la seule fin d'en conserver la raison.

Il est évident que le nom de l'associé sortant ou décédé ne pourra être gardé dans la raison sociale que du consentement de l'associé lui-même ou de ses héritiers. L'intérêt personnel qu'il a d'empêcher qu'il ne soit fait abus de son nom est de sa nature supérieur à l'intérêt pécuniaire que ses associés peuvent avoir de conserver la même raison sociale.

Mais nous ne pensons pas que le consentement de ceux dont le nom ne figure pas dans la raison sociale doive être exigé. Les associés sortants ont certainement un intérêt légitime à ce que la raison sociale qui était jusqu'alors leur nom commun soit tenue en honneur; si elle prend une acception défavorable, l'odieux en rejaillira aussi sur ceux qui naguère encore la signaient. Mais ce droit de veto absolu serait pour eux un moyen facile de chicane envers les associés restants. Il ne paraît pas juste en particulier que l'associé qui a été *exclu* de la société, puisse faire défense aux autres de garder leur raison sociale sous prétexte que

son honneur se trouverait par là compromis. Et quant à ceux qui sortent de plein gré il ne nous semble pas nécessaire d'exiger en toute circonstance leur consentement exprès; celui qui s'est associé avec d'autres personnes leur témoigne par là assez de confiance pour qu'il soit permis de croire que, même après sa sortie de la société, ils n'abuseront pas du nom qui leur était commun, et, s'ils en abusent, il pourra, s'il y a intérêt, prouver facilement qu'il ne fait plus partie de la société dont il réprouve les actes.

Dailleurs si un associé a de justes motifs de se plaindre de ses cosociétaires et si la manière dont ils gèrent les affaires lui fait craindre que, même après sa sortie, sa réputation ne souffre de l'emploi qu'ils feront de la raison actuelle, il pourra demander la dissolution de la société en vertu de l'art. 547, C. O., ce qui obligera les défendeurs à choisir une autre raison sociale.

Enfin les tiers porteurs du nom qui figure dans une raison sociale ne sont-ils pas fondés à en interdire l'usage à cette société? D'après les principes qui régissent la propriété du nom patronymique il faudrait l'amettre; mais en matière commerciale, ces principes souffrent nécessairement des restrictions; ce n'est pas sans motif sérieux que la loi permet d'inscrire le nom d'autrui dans une r. d. c.; elle ne le fait que lorsque les commerçants y ont un intérêt légitime et dans des circonstances déterminées. Le reg. du c. montre assez clairement quelles personnes sont engagées dans le commerce en question. En Allemagne des plaintes ne se sont pas fait entendre à ce sujet; la question n'est donc guère pratique.

S'il est vrai qu'une société en nom collectif demeure assez semblable à elle-même pour pouvoir conserver, sans danger pour les tiers, autant qu'elle dure, sa raison sociale primitive malgré tous les changements de personnes, il faut, semble-t-il, admettre a fortiori qu'à la dissolution de la société, l'associé qui continue seul le commerce pourra conserver la raison sociale du consentement de ses coassociés. Il est à présumer, en effet, qu'il conservera à l'établissement le caractère qu'il avait jusqu'alors, bien plus même que si les associés

sortants avaient été remplacés par des associés nouveaux. La logique le voudrait sans doute ainsi, mais des considérations d'un ordre différent déconseillent d'étendre à ce point la transmission des r. d. c.

Comme nous l'avons déjà fait remarquer, il est bon de maintenir la distinction entre les raisons individuelles et les raisons sociales; une société jouit en général, non seulement auprès des créanciers, mais aussi auprès du public consommateur, de plus de crédit qu'une maison individuelle. Si la loi faisait une seule exception à la règle, cette distinction s'efface-rait sur toute la ligne; le public sachant qu'une raison sociale ne désigne pas toujours une société n'ajouterait plus foi à aucune. Si au contraire, la raison sociale ne subsiste pas plus longtemps que la société elle-même, on est sûr qu'un nom commercial formé sur le type d'une raison sociale, quels que soient d'ailleurs les noms qu'il contient, n'appartient pas à un commerçant isolé mais à une société.

Un autre motif nous engage à maintenir cette distinction: c'est que sans cela il serait trop facile d'éluder la loi. La société qui voudrait transmettre au moment de sa dissolution, avec son fonds de commerce, la raison sociale à une société ou à une personne étrangère qu'elle n'aurait pas jugée digne de faire partie de la société, y parviendrait facilement en laissant la suite des affaires à un de ses membres qui s'empresserait de s'associer avec le ou les tiers en question pour les laisser seuls au bout de quelque temps. La r. d. c. se trouverait ainsi appartenir, au prix de quelques inscriptions au registre, à une personne ou une société entièrement étrangère à la société primitive et sans aucun lien avec elle.

Ces manœuvres sont déjouées si la raison sociale ne peut pas être conservée par un des associés resté seul à la tête du commerce. Non pas qu'une société existante ne pût s'aviser de transmettre sa raison à une autre société; théoriquement, rien n'empêcherait de le faire. Les associés A. et B., voulant assurer l'usage de leur nom commercial à C. et D., les recevraient comme associés, puis sortiraient eux-mêmes de la société. Mais le lien créé par l'art. 565 du C. O. entre les asso-

ciés qui se succèdent dans la société, s'il ne prévient pas toute fraude, la rend pourtant plus périlleuse et plus difficile.

Le fait par une société de prendre la raison sociale d'une autre donnerait aux tiers le droit de considérer celle-là comme continuant celle-ci, ou plutôt, juridiquement, comme cette société même, représentée seulement par d'autres personnes; mais, d'autre part, il n'empêcherait nullement les intéressés de prouver par tous moyens qu'en réalité il n'a jamais existé entre les premiers associés et les seconds un contrat de société véritable;[1]) le préposé au registre par contre n'aurait pas à examiner cette relation interne.

Si la loi se contentait de stipuler que la r. d. c. d'une société peut être conservée tant que dure cette société, un autre abus serait à craindre; les personnes qui auraient intérêt à adopter un nom social différent de leur nom personnel pourraient déterminer un homme de paille portant le nom convoité à fonder avec eux une société à laquelle il donnerait son nom pour s'en retirer tôt-après.

La loi déjouerait ces manœuvres en statuant qu'une société en nom collectif ne saurait conserver telle quelle, malgré le changement des associés, qu'une raison qui aurait été inscrite pendant cinq ans p. ex. au reg. du c. On ne verrait guère de sociétés se constituant sous un nom emprunté, puisqu'il leur faudrait garder le porteur de ce nom pendant cinq ans au moins comme associé. Une fraude d'aussi longue haleine dont l'issue serait toujours incertaine se rencontre rarement. Les sociétés récentes seraient, il est vrai, par ce fait, dans une situation défavorable et ce traitement inégal ne pourrait se justifier, il faut le reconnaître, par la considération qu'une maison récente éprouve un préjudice moins considérable qu'une

---

[1]) C'est l'opinion que le Reichsgericht a admise dans un arrêt récent (vol. 37 page 58); quoique les associés soient tenus, ensuite de leur inscription au reg. du c., des dettes de la société vis-à-vis des tiers auxquels ils ne pourraient opposer l'exception de simulation, ceux qui y ont intérêt n'en sont pas moins recevables à prouver que la société contractée entre eux n'était qu'apparante, la loi voulant que les raisons sociales soient formées d'après 'état véritable de la société.

maison ancienne à modifier sa r. d. c.; elle a, en effet, un intérêt d'autant plus grand à conserver le même nom commercial, que sa réputation commerciale est encore à faire. C'est donc uniquement dans la nécessité de prévenir les abus que cette disposition trouve sa justification.

Nous venons d'examiner les cas où le principe de la vérité matérielle des r. d. c. permet de déroger à la vérité de pure forme quoique les personnes désignées dans la r. d. c. aient changé. Une autre application, plus immédiate, de ce principe c'est que si la personne reste et que le nom seul change, la r. d. c. peut être conservée identique.

Tel est le cas, bien rare, il est vrai, lorsqu'une personne demande la modification de son nom patronymique à l'autorité compétente. Comme l'établissement dont le chef change de nom ne subit en lui-même aucun changement, il n'est pas nécessaire d'exiger qu'elle adopte une r. d. c. nouvelle. La considération que l'identité du nom civil et du nom commercial présenterait plus de garanties d'une gestion consciencieuse importante lorsqu'il s'agit de r. d. c. nouvelles, n'est pas un motif suffisant pour empêcher un commerçant de conserver sa raison existante, s'il a un intérêt légitime à le faire.

Plus fréquent est le cas de la femme marchande qui change de nom ensuite de son mariage. Nous pensons encore ici qu'il n'y a pas de raison suffisante de lui faire abandonner un nom commercial connu. Il est vrai que, mariée, sa situation financière et celle de ses créanciers n'est plus la même qu'avant son mariage. Mais l'art. 35 du C. O. restreint, quant aux créanciers de la femme, considérablement les effets du régime matrimonial; la femme marchande s'oblige au moins sur sa fortune personnelle; cas échéant, elle oblige, en outre, le mari ou la communauté. Le seul danger que courent les créanciers de la femme, c'est de voir sa fortune personnelle diminuer par une mauvaise administration du mari et ce risque n'est pas si grand qu'il doive entraîner une modification de la r. d. c.

Si c'est le mari qui prend la direction des affaires, le cas sera analogue à celui où l'époux survivant succède à l'époux décédé, dont nous avons parlé plus haut.

Une dernière éventualité, c'est que le mari ait ajouté dans sa raison commerciale le nom de sa femme au sien et que sa femme meure ou divorce d'avec lui: il pourra garder sa raison intacte, qu'il reste célibataire ou qu'il se remarie; si la loi civile ne lui reconnaît pas de droit sur le nom de sa femme après la dissolution du mariage, le consentement de sa femme ou de ses héritiers sera nécessaire.

Le principe de la vérité matérielle des r. d. c. n'aurait pas pour effet seulement de *conserver* des raisons contraires au principe de la sincérité tel qu'il est formulé par le C. O.; il aurait aussi pour conséquence de *modifier* des raisons sincères en apparence, mais de nature à induire le public en erreur sur les qualités essentielles de la maison de commerce. En effet, le successeur ne peut invoquer une coïncidence fortuite de noms, pour conserver sans changement la raison commerciale de son prédécesseur; ce privilège ne découle que d'une relation personnelle entre ces deux personnes, et dès lors, dans tous les autres cas, la r. d. c. devra être modifiée, même si le second propriétaire porte identiquement le même nom que le premier. Cela paraît juste lorsque le successeur est un étranger et que l'identité des noms est fortuite, et à plus forte raison lorsque la coïncidence est voulue et que le successeur y compte pour retenir les clients de son devancier. La mesure est plus dure lorsqu'elle s'applique à deux membres d'une même famille. Mais si l'on admet que le fils n'a pas droit au nom de son père, pourquoi lui donnerait-on ce droit alors que, par hasard, ils portent le même prénom? Lorsque le fils porte un autre prénom que son père, on le contraint de modifier le nom commercial de l'établissement, afin de prévenir la confusion dans l'esprit du public; la même considération doit nous engager à créer la différence, lorsqu'elle n'existe pas et à exiger que deux maisons que nous considérons comme distinctes ne prennent pas des raisons identiques. C'est l'application dans le temps de la règle posée à l'art. 868 pour

le lieu. C'est, d'autre part, une application du principe que nous avons postulé plus haut que la raison commerciale d'une maison radiée dans le registre ne doit pas être requise par une maison du même genre avant l'expiration d'un délai déterminé.

Voyons, en terminant, comment la loi ou la jurisprudence ont réglé la transmission d'autres dénominations d'un établissement commercial: de la marque de fabrique et de l'enseigne.

Quant à la première, l'art. 11 de la loi du 26 septembre 1890 statue qu'elle peut être transférée avec l'entreprise dont elle sert à distinguer les produits. Pourquoi cette différence?

La marque de fabrique se distingue de la r. d. c. en ce que sa fonction n'est pas de désigner le commerçant dans l'ensemble de son activité, mais seulement dans sa qualité de fabricant ou de vendeur d'un produit déterminé; la marque de fabrique, qui est appliquée sur le produit lui-même, ne s'adresse donc qu'aux clients de la maison, tandis que, sous le nom commercial, la maison entre en relations aussi avec ceux que nous avons réunis sous le nom de créanciers.

Dans la question du transfert de la marque de fabrique, le crédit de l'acquéreur est donc indifférent; ce qui importe, ce sont les qualités recherchées par les clients. Or, c'est précisément cette considération que nous avons jugée décisive dans la question du transfert des r. d. c. Les mêmes motifs qui nous ont fait rejeter la liberté de la transmission, telle qu'elle existe en Allemagne, peuvent être invoqués contre le principe posé par l'art. 11 de la loi fédérale pour les marques de fabrique. Et, d'autre part, si cette disposition n'a pas en pratique les effets fâcheux qu'en théorie on serait tenté de lui attribuer, cette expérience est probante aussi dans l'autre domaine. Nous pensons donc que le transfert de la marque de fabrique devrait être restreint au cas où la transmission de la r. d. c. est permise et si l'on ne veut pas faire cette restriction pour les marques de fabrique, il est logique de n'être pas moins large pour les r. d. c. En établissant l'unité dans ces deux domaines analogues, on évitera les conflits auxquels donne lieu le transfert d'une marque de fabrique mixte, c'est-

à-dire dans laquelle entre, à côté d'autres éléments, la r. d. c. de l'ayant-droit.

Quant aux *enseignes*, aucun texte de loi ne traite de la question de leur transfert; mais dans un arrêt récent (du 4 juillet 1896, Keller c. Dumont) le Tribunal fédéral a assimilé l'enseigne non pas à la r. d. c. mais à la marque de fabrique. L'enseigne est destinée en première ligne à désigner l'établissement aux clients; ce que nous venons de dire pour les marques s'applique donc aussi aux enseignes. Mais deux considérations plaident en faveur d'une liberté plus grande dans le transfert des enseignes. La première c'est qu'en général et par destination, elle est apposée à l'établissement lui-même, au magasin, à l'auberge, et s'adresse donc avant tout aux clients qui sont sur place et qui sont à même de constater personnellement si le propriétaire est resté le même ou s'il a changé; la seconde c'est que souvent la r. d. c. ou le nom du propriétaire est ajouté à l'enseigne; le public est donc prévenu. Le propriétaire peut avoir un intérêt réel et légitime à conserver, à côté de sa r. d. c. nouvelle, l'ancienne enseigne pour marquer d'une façon apparente qu'il a pris la suite des affaires de celui qui la possédait avant lui.

Thèses.

1° Dans la formation de la r. d. c. des sociétés en commandite il ne doit pas être tenu compte des associés commanditaires, mais seulement des associés indéfiniment responsables; la société en commandite n'ayant qu'un seul associé indéfiniment responsable aura donc une raison individuelle, celle qui en compte deux ou plusieurs aura une raison sociale.

2° La r. d. c. des sociétés anonymes doit contenir les mots: „Société anonyme“ ou „Société par actions,“ ou du moins être suivie des lettres: „S. A.“

3° En droit pur il conviendrait d'exclure de la r. d. c. nominale toutes les adjonctions qui ne servent pas à la distin-

guer de raisons homonymes (art. 868 C. O.), en particulier les enseignes. Les inconvénients pratiques du système actuel, toutefois, n'exigent pas une pareille restriction de la liberté dans la formation des r. d. c.

4° De lege ferenda il serait préférable d'admettre à l'inscription toutes les r. d. c. formées d'après les règles du C. O. sans examiner d'office si elles se distinguent suffisamment des raisons déjà inscrites (système de l'enregistrement pur et simple).

5° Une r. d. c. radiée ne doit être réinscrite par une autre personne qu'après l'expiration d'un délai de deux ans.

6° Dans la question du transfert de la r. d. c. c'est l'intérêt des clients de la maison qui doit être pris avant tout en considération; en principe la r. d. c. d'un établissement peut rester la même malgré le changement des propriétaires lorsque les relations personnelles qui existent entre eux rendent probable que l'établissement conservera dans les mains du successeur son ancienne valeur.

Dès lors:

a) La raison individuelle ne peut être transmise en règle générale; une exception ne pourrait être faite que pour les membres d'une même famille (au sens restreint du mot) et les fondés de procuration.

b) La société en nom collectif peut conserver pendant toute sa durée sa raison primitive.

c) Le commerçant qui change de nom peut conserver sa r. d. c. primitive.

d) La personne qui porte le même nom que le commerçant dont elle reprend la suite des affaires ne peut conserver la r. d. c. de ce dernier.

Ist das Schweizerische Firmenrecht einer Reform bedürftig, und, wenn ja, in welchem Sinne?

Korreferat von Dr. L. SIEGMUND in BASEL.

Einleitung.

Keine 6 Jahre waren seit Inkrafttreten des Schweizerischen Obligationenrechtes vergangen, als mit Gesetz vom 11. Dezember 1888 [1]) die das Handelsregister und das Firmenrecht berührenden Bestimmungen bereits eine teilweise Aenderung resp. Ergänzung erfuhren; heute soll der Schweiz. Juristenverein über eine Revision des ganzen Firmenrechtes beraten.

Damals handelte es sich um eine Verschärfung der Vorschriften, heute dürfte sich die Frage eher um eine Abschwächung, eine Milderung derselben drehen. Und doch sind thatsächlich noch keine 5 Jahre verflossen, seitdem das neue Firmenrecht überhaupt definitiv eingeführt worden ist; denn den alten, schon vor 1883 entstandenen Firmen gegenüber trat dasselbe bekanntlich gemäss O. 902 erst mit dem 1. Januar 1893 in Kraft. Woher kommt nun dieser Umschwung, woher das Bedürfnis nach einer Revision? Wer ist denn eigentlich mit dem Gesetze unzufrieden, wo und wann hat sich eine Opposition gegen dasselbe geltend gemacht?

Wenn sonst ein Gesetz soll aufgehoben oder umgestaltet werden, so giebt sich lange Jahre vorher schon eine Bewegung gegen dasselbe kund.

Davon ist hier nicht die Rede, trotzdem es an Organen nicht mangelt, von denen eine Anregung hätte ausgehen

---

[1]) Bundesgesetz zur Ergänzung der Bestimmungen des Obligationenrechts über das Handelsregister.

können; haben doch erst vor kurzer Zeit die schweizerischen Geschäftsreisenden in ähnlicher Angelegenheit Petitionen an den Bundesrat gerichtet und damit wenigstens teilweise einen Erfolg erzielt.[1]) Wohl fast jeder Kanton besitzt eine Handelskammer oder ein ähnliches Institut, daneben existieren eine Menge kaufmännischer Verbindungen oder Vereine, und auch ohne diese ist der Kaufmannsstand sich seines Wertes und seiner Macht wohl bewusst und geniesst auch eine entsprechende Vertretung in den eidgenössischen Räten; dennoch hat kein einziges dieser Organe einen offiziellen Schritt zur Revision des Firmenrechtes gethan oder irgendwo in der Oeffentlichkeit eine vernehmbare Stimme dafür erhoben. Und doch geht es dabei in erster Linie, ja sozusagen allein, den Kaufleuten an Haut und Haar; wer überhaupt soll sich für die Firmen interessieren, wenn nicht sie? Einer Revision des Firmenrechtes, sollte man meinen, müssten jahrelange intensive Beschwerden des Handelsstandes vorausgegangen sein, von alledem keine Spur. In die Oeffentlichkeit wenigstens sind weder Klagen, noch Beschwerden gedrungen, und gar von einer Gesamtaktion des Handelsstandes ist nicht das Mindeste bekannt, obgleich sonst gern und rasch die Oeffentlichkeit für solche Fragen in Anspruch genommen wird und es an Petitionären und Petitionen nicht mangelt.

Bei der Ausarbeitung des Obligationenrechtes wurde der von den Firmen handelnde Abschnitt reiflich erwogen, alle damals bekannten Systeme geprüft und Handelsstand sowohl, als Juristen des eingehendsten befragt. Man war sich des Schrittes und der damit verbundenen Eingriffe und Neuerungen wohl bewusst, wie dies die Botschaft des Bundesrates vom 27. November 1879 ausdrücklich mit den Worten hervorhebt:

„Wir haben uns nicht verhehlt, dass durch die Annahme und strenge Durchführung dieses Systems sehr tief in thatsächliche Verhältnisse eingegriffen wird, welche seit Jahr-

---

[1]) Die eine betreffend Ausdehnung der Pflicht zum Eintrag im Handelsregister, welcher keine Folge gegeben wurde; die andere bezüglich Ausgabe eines Schweizerischen Ragionenbuches und Revision der bestehenden Handelsregistereinträge zu diesem Behufe, welcher entsprochen wurde.

hunderten in der deutschen Schweiz, namentlich in St. Gallen, Basel und Zürich bestanden haben."

„Dessenungeachtet glauben wir das System des Entwurfes empfehlen zu sollen. Es sprechen dafür die Interessen der öffentlichen Ordnung, und es ist dasselbe nicht bloss einstimmig von allen Experten der romanischen Schweiz, sondern sogar von kompetenten Organen des Handelsstandes aus der deutschen Schweiz dringend empfohlen worden."

Dass die Experten der romanischen Schweiz das System gerne annahmen, wird niemand verwundern, war es doch im Wesentlichen das ihrige; aber auch die deutsche Schweiz anerkannte dessen Vorzüge in solchem Masse, dass sie ihr eigenes, in vielen Punkten anders gestaltetes Recht demselben zum Opfer brachte, nicht unwillig und gezwungen oder in Unkenntnis der Folgen, sondern aus freien Stücken im Bewusstsein der innern Notwendigkeit und des Ueberganges zu etwas Besserem.

Für die neuen Firmen kam es ja verhältnismässig wenig in Betracht, nach welchem System sie sich bildeten, für die alten dagegen, worunter sogar sehr alte, seit hundert, ja zweihundert Jahren bestehende, brachte das neue Gesetz schwere Folgen, indem sie ihren altehrwürdigen Namen gegen einen neuen, den jetzigen Inhabern und Vorschriften entsprechenden, umtauschen mussten. Hiezu gewährte ihnen O. 902 eine Frist von 10 Jahren. Wären nun die interressierten Kreise innert dieser Zeit zur Einsicht gekommen, mit Annahme des neuen Firmenrechtes einen Fehler gemacht zu haben, so hätten sie sich doch gewiss bei Ablauf der Frist gewehrt oder mindestens eine Erstreckung derselben verlangt und zweifellos auch durchgesetzt. Aber auch jetzt unterblieb jede Opposition; die Umwandlung, die doch eine Menge von bedeutenden, zum Teil weltbekannten Firmen betraf, vollzog sich fast wider Erwarten ruhig; ein Beweis, dass man seine privaten den allgemeinen Interessen unterzuordnen den Mut fand.

Obgleich nun keinerlei äusserer Grund, kein Verlangen aus den beteiligten Kreisen vorliegt, Kaufleute und Juristen

anscheinend mit dem Gesetze zufrieden sind, stellt der Schweizerische Juristenverein dennoch die Frage einer Revision desselben zur Diskussion. Man sagt, die Anregung sei vom Bundesrate ausgegangen; welche Erwägungen mögen diesen dazu veranlasst haben, die bisherige Praxis des Abwartens zu verlassen? Sonst waren es stets die interessierten Schichten des Volkes, war es vor allem der Juristenverein, der eine Frage in Fluss brachte und Vorschläge aufstellte, auf deren Basis dann der Bundesrat einen Entwurf ausfertigte; heute sollte der Bundesrat von sich aus die Initiative ergriffen und die Juristen auf den Mangel, die Lücke des Gesetzes aufmerksam gemacht haben? Möglich, wenn auch etwas sonderbar.

Also eine Reformation von oben, bei der das Volk, d. h. die welche es betrifft, gar nicht oder erst hinterher sollen gefragt werden. Und wenn nun das alles ein Schlag ins Wasser wäre? Wenn die über dieses neue Vorgehen verwunderten Kaufleute erklärten, wir wollen eure Revision überhaupt gar nicht, ihr hättet euch diese nutzlose Liebesmüh sparen können. Warum habt ihr uns nicht zuvor angefragt?

Diese Gefahr liegt aus mehreren Gründen nahe. Erstens einmal schwärmt man gegenwärtig wenig für die von Bern ausgehenden Neuerungen, sodann sind noch eine solche Menge alter Rechtsfragen, die sich bereits seit Jahren im Flusse befinden, zu erledigen, dass sich für Revision eines sozusagen noch neuen Gesetzes, mit dem man im Allgemeinen zufrieden ist, schwerlich eine grosse Begeisterung aufthut, drittens wird die ganze Westschweiz, deren Anschauung man in dem in Frage stehenden Abschnitte des Obligationsrechtes recipiert hat, voraussichtlich dawider sein, und viertens dürften die meisten Kaufleute der übrigen Schweiz sich als Gegner erklären, weil sie im Allgemeinen Neuerungen und speziell solchen, die sie gar nicht begehrt haben, abhold sind, vor allen natürlich diejenigen, welche sich seiner Zeit mit eigenen Opfern dem Obligationenrecht unterworfen und angepasst haben.

Die Möglichkeit, dass von dieser Revision kein Mensch etwas wissen will, ist daher nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern sogar beinahe wahrscheinlich.

Dennoch giebt es einige Gründe, die im gegenwärtigen Zeitpunkte, wenn auch nicht zu einer Revision, so doch zu einer Besprechung des Firmenrechtes veranlassen mögen. Der Schweizerische Juristenverein hat darum auch in erster Linie nur die Frage aufgeworfen, ob überhaupt das Firmenrecht einer Revision bedürftig sei, eine Frage, die ebensogut verneint, als bejaht werden kann, in welch ersterem Falle man sich freilich eine Mühe von zweifelhaftem Nutzen gemacht hat.

Diese Gründe geben zugleich auch die Direktive, nach welcher allenfalls eine Revision stattfinden könnte; denn dass auch diese noch in Frage steht, sieht doch eigentümlich aus. Wer von Aenderung des Bestehenden spricht, sollte zum mindesten ungefähr wissen, was der Aenderung bedarf und nach welcher Richtung hin eine solche sich empfiehlt; andernfalls riskiert er die verschiedensten Vorschläge zu erhalten, ohne dass der beabsichtigte Zweck wesentlich gefördert wird. Ist man mit dem Firmenrecht überhaupt unzufrieden oder werden nur einzelne Punkte desselben angegriffen, will man dasselbe ganz abschaffen, oder zu einem andern System übergehen oder sollen nur einzelne Vorschriften abgeändert werden und welche? Das alles sind wohlberechtigte Fragen, über deren jede einzelne sich eine Broschüre schreiben liesse.

Die Situation entspricht ungefähr derjenigen eines Arztes, der zu einem Taubstummen gerufen wird, von dessen Krankheit niemand was weis. Wie der Arzt nach allfälligen Symptomen forschen wird, so müssen auch wir in erster Linie untersuchen, wo sich etwa Lücken oder Fehler des Gesetzes gezeigt haben, und das kann uns mangels persönlicher Aufschlüsse nur dessen Handhabung im Leben, in der Praxis zeigen. Diese letztere findet sich zusammengefasst in den im Schweizerischen Handelsamtsblatt publizierten Einträgen der einzelnen Handelsregisterbureaux, sowie in den Rekursentscheiden des Bundesrates; und auch hier muss das Wesentliche eigentlich zwischen den Zeilen gelesen werden, da beide Quellen nur Thatsachen angeben, ohne das zu Grunde liegende Gesetz selbst einer Kritik zu unterziehen.

Vermögen wir zwischen Gesetz und Praxis Differenzen zu finden, so ergiebt sich, dass einer dieser beiden Faktoren fehlerhaft ist, und es kann sich nur noch darum handeln, welcher von beiden. Der Regel nach freilich sollte das Gesetz der Praxis die Wege vorschreiben und diese sich nach jenem richten, wir haben aber alle schon auf der Schule gelernt, dass auch etwa einmal das Umgekehrte eintritt und das strictum jus der aequitas weichen muss. Allerdings geschah das zumeist in alten Zeiten und es dauerte Jahrhunderte, bis die Ausnahmen die Regel so überwuchert hatten, dass sie selbst zur Regel und damit zum Gesetz wurden. Heute lebt man viel rascher; wie rasch, haben wir ja z. B. am Bundesgesetz, betreffend die Fabrikation von Phosphor-Zündhölzchen etc., vom 23. Christmonat 1879, gesehen, das am 6. April 1880 in Kraft trat und am 22. Juni 1882 wieder aufgehoben wurde. Dafür sind wir aber auch keine alten Römer, und unsere Bundesgesetze erheben nicht im mindesten den Anspruch auf die Heiligkeit der zwölf Tafeln.

Das Firmenrecht hat es bereits auf ein Alter von 14 Jahren gebracht, es darf also schon ein wenig als invalid gelten; immerhin sollte man zuerst über seine Gebrechen einig sein, bevor man an dessen Kur geht. Einen Missgriff, wie mit dem Zündhölzchengesetze, hat man doch mit demselben entschieden nicht gethan, so dass dessen Aenderungsbedürftigkeit ohne Weiteres auf der Hand läge.

Abgesehen von der Divergenz zwischen Gesetz und Ausführung mag zur Aufgabestellung auch noch eine andere gleichsam in der Luft liegende Ursache mitgewirkt haben. Revisionen sind ansteckend und gleich den Putschen und Revolutionen endemisch oder gar epidemisch. Vor wenigen Jahren haben Schweden, Norwegen und Dänemark ihre diesbezügliche Gesetzgebung revidiert, heute sind die Niederlande und Deutschland daran, und da wir gerne im Kielwasser des letztern schwimmen, so verliert unser eigenes Revisionsbedürfnis etwas an Auffälligkeit. Insofern wir uns erst im Vorstadium der Revision befinden, hat die Anhandnahme derselben keine Gefahr, andernfalls freilich wäre es ratsamer,

erst das deutsche Resultat abzuwarten, damit es uns nicht gehe, wie s. Z. beim Aktienrecht. Nebenbei gesagt benötigte dieses der Revision mindestens ebensosehr, wenn nicht mehr, als das Firmenrecht. Hierin hat uns auch Deutschland, das sein Aktiengesetz ein Jahr nach Einführung des unsrigen revidierte, so wesentlich überflügelt, dass diverse ungesunde Gründungen den ihnen zu heiss gewordenen deutschen Boden verliessen und nach der freien Schweiz übersiedelten.

Ist nun einmal die Frage der Revision im Allgemeinen gestellt ohne Angabe einzelner Punkte oder Artikel, so müssen wir notwendigerweise das ganze Firmenrecht, d. h. die Art. 865—876 prüfen und zusehen, wo dasselbe allenfalls eine Lücke oder eine wunde Stelle aufweist. Anleitung hiezu geben uns einerseits die ausländische Gesetzgebung, anderseits, wie schon erwähnt, die im Schweizerischen Handelsamtsblatt niedergelegte Praxis, sowie in begrenzterer Weise die Rekursentscheide des Bundesrates.

Hiebei empfiehlt es sich die ausländische Gesetzgebung vorauszunehmen, da sich aus dieser bereits die einzelnen Hauptpunkte, die beim Firmenrecht in Betracht fallen, samt den verschiedenen Ansichten über dieselben ergeben, wir also hernach schon einigermassen vorbereitet an unser Recht herantreten und zugleich auf schon Gesagtes verweisen können.

Um das ausländische Recht möglichst vollständig und bereits für die zu behandelnde Materie hergerichtet zu erhalten, hat das Eidgenössische Justizdepartement an die schweizerischen Gesandtschaften und Konsulate im Auslande ein Zirkular gesandt und sie um Beantwortung folgender 4 Fragen ersucht:

1. Ob ein Handelsregister im betreffenden Lande existiere.
2. Welche Personen verpflichtet seien, sich in demselben einzutragen.
3. Wie die Firmen müssten gebildet sein.
4. Ob das Prinzip der Firmenwahrheit (speziell die Uebertragbarkeit der Firma) gelte oder nicht.

Soweit die Antworten bis heute (Mitte Juni) eingegangen sind, hat mir der Herr Referent Dr. W. Burckhardt dieselben

zugestellt und mir überdies in liebenswürdigster Weise den grössten Teil seines Manuskriptes in einzelnen Abteilungen, wie dasselbe entstanden ist, zur Durchsicht überlassen. Wir hatten das von vornherein so verabredet, damit Tautologien nach Kräften vermieden und ein möglichst umfassendes und vollständiges Resultat erreicht werde. Meine Aufgabe wird es besonders sein, die bisherige Praxis zu bearbeiten und hiebei auch auf Details einzugehen, während der Herr Referent seine Aufmerksamkeit mehr den grossen Fragen zugewandt hat.

Das ausländische Recht.

Das ausländische Firmenrecht zerfällt in drei Hauptgruppen:

1. Länder, die gar kein Firmenrecht und daher auch kein Handelsregister besitzen. Hier herrscht natürlich freie Firmenwahl und unbegrenzte Uebertragbarkeit, höchstens dass hie und da einzelne Vorschriften bezüglich der Haftung und speziell über die Aktiengesellschaften existieren. Das Prototyp hiefür ist England, welchem seine jetzigen und früheren Kolonien mehr oder minder genau folgen, sodann Holland und Russland.

2. Länder mit strengem Firmenrecht, das heisst voller Firmenwahrheit und Unübertragbarkeit mit eigentlichem Handelsregister oder doch mit einer ähnlichen Einrichtung. Hier steht in erster Linie Frankreich samt einigen orientalischen und überseeischen Trabanten, sodann mit zwar nicht immer konsequentem, aber doch ziemlich strengem Rechte Spanien und Portugal. Hieher gehört auch die Schweiz.

3. Länder mit gemischtem System: Firmenwahrheit für den ersten Eintrag, nicht aber, oder doch nur beschränkt, für spätere Aenderungen; mehr oder weniger vollständige Uebertragbarkeit der Firmen. — Handelsregister (Firmenregister) mit oder ohne besonderes Prokurenregister. Die Führung dieser Gruppe liegt bei Deutschland.

Wir können also im grossen Ganzen zwischen einer englischen, einer französischen und einer deutschen Gruppe

unterscheiden. Die älteste Codifikation besitzt Frankreich in seinem code de commerce, die jüngste die drei skandinavischen Staaten in mehreren aus dem Jahre 1895 datierenden Gesetzen. In der Umarbeitung resp. der Aufstellung eines neuen Entwurfes sind begriffen: Deutschland und Holland.

Selbstverständlich sind diese Gruppen nicht überall scharf getrennt, zwischen zwei und drei finden sich noch eine Anzahl Uebergänge, so kennt z. B. das französische Recht die Einzelfirma in unserem Sinne nicht, andere lassen bezüglich der Firmenwahrheit einen grösseren oder kleineren Spielraum; einzelne gewähren zwar in der Bildung der Firma eine bedeutende Freiheit, fordern dann aber eine um so grössere Strenge im Eintrag, und wieder welche stellen in ersterer Hinsicht scharfe Gesetze auf und sind dafür in der Eintragspflicht milder oder registrieren z. B. nur die Gesellschaftsverträge.

Erste Gruppe.

Hier können wir uns ganz kurz fassen.

England lässt die Firmenwahl vollkommen frei und giebt nicht nur Phantasienamen, sondern auch fingierte Personennamen zu, soweit dadurch nicht Rechte anderer geschädigt werden, worüber dann der Richter auf Grund des unlauteren Wettbewerbes (concurrence déloyale) urteilt. Bei Streitigkeiten zwischen gleichen oder ähnlichen Firmen entscheidet wesentlich die Anciennetät. Registriert werden nur die limited companies (Gesellschaften mit beschränkter Haftpflicht, Aktiengesellschaften), sowie alle Gesellschaften von mehr als 10 Personen zu Bankzwecken und von mehr als 20 Personen zu anderen Zwecken. Natürlich ist auch die Uebertragung der Firmen frei.

Publikationen finden in der „London Gazette“ oder auch nur durch Zirkulare statt.

Man ist in England mit diesem System zufrieden, eine Folge desselben ist aber auch die Ansammlung einer Menge unsauberer Elemente und das Misstrauen gegen englische Gesellschaften. Aehnliches trifft für Holland zu, bilden doch

die Warnungen des Bundesrates vor englischen und holländischen Schwindelfirmen bald eine ständige Rubrik des Bundesblattes.

Russland hat ein Gesetz über das Handelsregister in Vorbereitung. Einstweilen kennt es nur die Einschränkung, dass weder die Namen der Heiligen, noch irgend etwas gegen Religion, Moral oder die Majestät Verstossendes darf verwendet werden. Die Firma gilt als Wertobjekt und kann, wie jedes andere solche, vermietet oder übertragen werden. Gesellschaften müssen ihren Vertrag deponieren und anonyme Gesellschaften von der Behörde autorisiert sein. Die Gründung einschliesslich der Namen und Zeichnung wird den Kaufleuten durch Zirkulare bekannt gemacht; ein amtliches Enregistrement und eine Publikation ist gesetzlich nicht vorgeschrieben; bloss bei den anonymen Gesellschaften werden die Hauptpunkte im bulletin des lois publiziert.

An das englische System schliessen sich einige der nordamerikanischen Unionsstaaten an, doch ist hier, wie überhaupt bezüglich der überseeischen Länder, das dem eidgen. Justizdepartement eingegangene Material ziemlich mager. Die Freiheit der Firmenwahl und der Uebertragung ist meist vollständig, immerhin werden in New-York fingierte Namen verboten, desgleichen der Zusatz Company, wo keine Gesellschaft vorliegt.

Eine eigentümliche, aber prinzipiell nicht unrichtige Stellung nimmt **Kalifornien** ein, indem es zwar die Firmenwahl frei giebt; aber alle Firmen mit fingierten Namen (fictitious names) oder einer Bezeichnung, die nicht die Namen der (aller?) Teilhaber enthält, müssen unter genauer Angabe der Personen, der Zusammensetzung der Gesellschaft, sowie der Kapitalbeteiligung in einer Art von Handelsregister eingetragen werden, worüber eine viermalige Publikation (vier Wochen hintereinander je einmal) stattfindet; desgleichen werden Veränderungen nachgeführt. Uebertragung der Firma ist gestattet; wer aber eine solche, von seinem eigenen Namen abweichende Firma erwirbt, fällt natürlich unter die fictitious names und muss sich daher regi-

strieren lassen. Speziell wird noch hervorgehoben, dass der Name des Kommanditärs nicht in der Firma enthalten sein darf.

Dieses System reiht sich eigentlich keiner der genannten Gruppen unter und scheint auf kalifornischem Boden entstanden zu sein. Seiner Originalität und logischen Richtigkeit wegen ist es interessant, indem es ganz allein auf den Eintrag und eine sehr intensive Publikation abstellt. Entweder strenge Firmenwahrheit oder genauer Eintrag und ausgedehnteste Oeffentlichkeit.

Aehnlich wie Kalifornien hat nur noch **Kanada** seine Gesetzgebung gestaltet, indem Handelsfrauen, sowie Firmen mit fingierten Namen und solche, die den Namen des oder der Inhaber nicht enthalten, eingetragen sein müssen. Uebertragung ist natürlich ebenfalls gestattet (leider ist die Auskunft im Uebrigen etwas kurz und undeutlich). Im Grunde genommen huldigte auch der von Professor Munzinger ausgearbeitete Entwurf eines schweizerischen Handelsrechtes dem gleichen Prinzipe, indem er vollständige Freiheit, jedoch genauen Eintrag im Handelsregister und grösste Publizität empfahl, in diesen beiden Requisiten eine genügende Korrektur der durch die Freiheit ermöglichten Missbräuche erblickend.

Etwas mehr zum französischen Rechte neigt seinem Ursprunge gemäss **Louisiana,** das sich überdies noch durch die Spezialität auszeichnet, dass die Firma der Kommanditgesellschaft bloss mit dem Namen des unbeschränkt haftenden Gesellschafters darf gebildet werden und der Zusatz & Cie, sofern er den Kommanditär anzeigen soll, untersagt ist, anderenfalls der Kommanditär unbeschränkt haftet.

Als Singularität existiert in den Vereinigten Staaten zur Ergänzung der mangelhaften staatlichen Einrichtung ein privates Handelsregister, indem zwei grosse Unternehmen in New-York vierteljährlich Verzeichnisse sämtlicher Firmen und deren Zusammensetzung herausgeben, worauf fast alle Kaufleute abonniert sind. Origineller Weise werden diese Verzeichnisse nicht verkauft, sondern nur vermietet.

Eine Mittelstellung nimmt auch **Rumänien** ein trotz seinen sonst mehr französischen Sympathien. Es führt ein

Handelsregister mit amtlicher Publikation, Einsicht für jedermann, ziemlich hoher Geldstrafe für die Unterlassung des Eintrages, giebt dagegen Firmenwahl und Uebertragung frei, nur soll der Uebernehmer einer alten Firma den Zusatz, Nachfolger beifügen mit oder ohne seinen eigenen Namen.

Zweite Gruppe.

Frankreich. Die Einzelfirma als solche existiert nicht gesetzlich, wird daher auch nicht registriert und unterliegt keinen Vorschriften bezüglich der Firmawahl. Streitigkeiten über den Gebrauch oder Missbrauch eines Namens oder einer Geschäftsbezeichnung entscheiden sich nach den Grundsätzen der concurrence déloyale. Häufig werden von Einzelkaufleuten Phantasienamen gewählt mit oder ohne ihren persönlichen Namen, diese fallen unter den Begriff der enseigne, über welche ebenfalls die concurrence déloyale herrscht; in ähnlicher Weise werden auch frühere Firmen als eine Art von Fabrikmarke fortgeführt. (Ueber enseigne und Fabrikmarke vergl. den Schluss des Abschnittes über die Uebertragbarkeit der Firmen.)

Für die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft[1]) gilt dagegen das Prinzip der Firmenwahrheit, deren Vorschriften mit denen des schweizerischen Obligationenrechtes übereinstimmen. Der Gesellschaftsvertrag muss innert eines Monats bei der Friedensgerichtschreiberei und beim Handelsgericht deponiert werden, bei Succursalen auch am Orte dieser. Die Publikation geschieht in einem zu gesetzlichen Anzeigen befugten Blatte und ein beglaubigtes Exemplar dieser Publikation muss ebenfalls deponiert werden. Eine amtliche Prüfung der hinterlegten Akten auf ihre Richtigkeit findet nicht statt; bezüglich der Formvorschriften (formalités) sagt das Gesetz vom 24. Juli 1867: seront observées à peine de nullité à l'égard des interessés, mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé aux tiers par les associés.

---

[1]) Code de commerce v. 1807. Artt. 21 u. 23. — Bezügl. Publikation: Gesetz vom 24. Juli 1867. Tit. 3.

Bezüglich der Kommanditaktien-Gesellschaft kommen noch einige Belege betreffend Kapitalzeichnung und Beschlüsse der Generalversammlung zur Deposition.

Code d. com. Art. 29: La société anonyme n'existe point sous un nom social, elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés.

Personennamen sind demnach ausgeschlossen, vielmehr sollen die anonymen Gesellschaften ihre Firma gemäss dem „objet de leur entreprise" wählen.

Uebertragung von Gesellschaftsfirmen ist gesetzlich nicht gestattet, eine alte Firma kann nur in einem das Nachfolgeverhältnis kennzeichnenden Zusatze weitergeführt werden (ancienne maison X).

In der Praxis werden laut allen Berichten diese strengen Bestimmungen oft umgangen.[1]) Von Amtes wegen kümmern sich die Behörden nicht darum, da ein Handelsregister in unserem Sinne nicht existiert und der Richter nur einschreitet, wenn von einem Geschädigten geklagt wird. Etwelche Ergänzung dieses Mangels bringt die konsequent und streng durchgeführte Judikatur bezüglich der concurrence déloyale.

Um alte Firmen beizubehalten, werden dieselben gleich einer Handels- oder Fabrikmarke behandelt und hiedurch geschützt; so führt die Firma Werlé & Cie die Marke Veuve Cliquot-Ponsardin und die jetzige Firma Chandon & Cie die Marke Moët & Chandon. In dieser Weise können alte, bekannte Firmen, sowie auch sonstige Zusätze von Geschlecht zu Geschlecht übertragen werden, während die eigentlichen, noch aktiven Firmen dem Gesetze gemäss wechseln müssen. So heisst es im Berichte von Hâvre: Une désignation de fantaisie peut en matière de société en nom collectif ou en commandite être jointe accessoirement à la raison sociale et à la différence de celle-ci elle peut se transmettre aux successeurs et subsister malgré tout changement parmi les associés. C'est une enseigne. — (Es dürfte dies ein sehr nach-

[1]) Auch darin sind wir dem französischen Beispiele gefolgt, nur dass bei uns die gegen das Gesetz gebildeten Firmen auch noch amtlich im Handelsregister eingetragen und offiziell publiziert werden.

ahmenswertes Vorgehen sein; vergl. hiezu am Schlusse des Abschnittes betr. die Uebertragbarkeit der Firmen.)

Ein Handelsregister in unserem Sinne und ein centrales Publikationsorgan, wie das Schweizerische Handelsamtsblatt, giebt es nicht; diese beiden Institute haben wir, ebenso wie die Einzelfirma, aus dem deutschen Rechte übernommen, während wir im Uebrigen dem französischen Rechte folgten.

Dem französischen Muster nachgebildet, nur etwas erweitert, erscheint das Recht von **Belgien,**[1]) das auch noch die Genossenschaft unter die Handelsgesellschaften einreiht.

Art. 2. La loi reconnaît cinq espèces de sociétés commerciales: la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société anonyme, la société en commandite par actions, la société coopérative. — Chacune d'elles constitue une individualité juridique distincte de celle des associés.

Kollektivgesellschaft: Art. 16. Les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale.

Ob damit gemeint ist, dass die Namen aller Gesellschafter in der Firma enthalten sein müssen und also der Zusatz & Cie nicht gestattet sei, geht aus dem Berichte nicht hervor, ist aber doch wenig wahrscheinlich, wie aus der Bestimmung über die Kommanditgesellschaft wohl darf geschlossen werden.

Kommanditgesellschaft: Art. 19. La raison sociale comprend nécessairement le nom d'un ou de plusieurs associés commandités. Le nom d'un associé commanditaire ne peut faire partie de la raison sociale.

Aktiengesellschaft: Art. 27. La société anonyme n'existe point sous une raison sociale,[2]) elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés.

Art. 28. La société anonyme est qualifiée par une dénomination particulière ou par la désignation de l'objet de son entreprise.

Cette dénomination ou désignation doit être différente de celle de toute autre société. Si elle est identique ou si sa res-

[1]) Gesetz vom 18. Mai 1873 modifiziert durch Gesetz vom 22. Mai 1886.

[2]) Raison sociale, oder wie Art. 29 des französischen cod. de com. sich ausdrückt nom social, ist ein etwas engerer Begriff, als wir im deutschen Sprachgebrauch damit zu verbinden gewohnt sind. Er bezieht sich auf die persönlichen Firmen der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, die eigentliche socii, associés enthalten.

semblance peut induire en erreur, tout intéressé peut la faire modifier et réclamer des dommages-intérêts, s'il y a lieu.

Kommanditaktiengesellschaft: Art. 75. La société en commandite par actions existe sous une raison sociale qui ne comprendra que le nom d'un ou plusieurs associés responsables. Il peut y être ajouté une dénomination particulière ou la désignation de l'objet de son entreprise.

Auch hier gilt analog die bei der Kollektivgesellschaft gemachte Bemerkung.

Genossenschaft: Art. 86. La société coopérative n'existe pas sous une raison sociale; elle est qualifiée par une dénomination particulière.

Diese Vorschriften lauten so klar und präcis, dass sie keiner weiteren Erörterung bedürfen. Ob dieselben thatsächlich auch so gehandhabt werden, oder ob sich eine ähnliche, missbräuchliche Praxis eingebürgert hat, wie in Frankreich, bemerkt der Bericht nicht; es ist dies bei der relativen Neuheit des Gesetzes weniger zu erwarten, obgleich uns auch hier die Schweiz leider das Beispiel vom Gegenteil giebt.

Da der Bericht der Einzelfirma nicht erwähnt, so scheint dieselbe in Analogie des französischen Rechtes gesetzlich nicht zu existieren. Auch von einer Uebertragbarkeit der Firma ist keine Rede; dieselbe liesse sich auch mit den citierten Gesetzesstellen nicht vereinen, es wäre denn, wie in Deutschland, eine ausdrückliche Ausnahme zu Gunsten derselben gemacht und die obige Vorschrift nur für den ersten Eintrag massgebend.

Die Gesellschaftsverträge, deren Hauptpunkte vorgeschrieben sind, werden bei den Kollektiv- und Kommanditgesellschaften im Auszug, bei den drei anderen Arten in vollem Wortlaut publiziert, zu welchem Zwecke sie bei den hiezu bestimmten Behörden innert 15 Tagen nach ihrem Abschlusse deponiert werden müssen. Die Publikationen erfolgen im Moniteur und werden den Gerichtsschreibereien zugestellt, wo sie von jedermann unentgeltlich können eingesehen werden.

Ein Handelsregister in unserer Auffassung existiert demnach nicht.

Spanien folgt ebenfalls dem französischen Rechte, besitzt aber ein eigentliches Handelsregister und kennt die Einzelfirma, deren Eintrag jedoch fakultativ ist. — Die Kommanditgesellschaft muss ihrer Firma den Zusatz sociedad en comandita beifügen.

Die Uebertragung der Firma ist nicht gestattet; um diesen Zweck dennoch zu erreichen, muss der Betreffende bei der Regierung um Aenderung seines eigenen Namens einkommen, die aber dann eine vollständige ist und auf die Familie übergeht.

Ist jedoch durch den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag die Fortdauer einer Firma festgesetzt, so darf sie über den Tod oder das Ausscheiden eines Gesellschafters hinaus bestehen bleiben, aber nur bis zum Ablauf der Vertragsdauer. Immerhin existieren in der Praxis auch alte Firmen mit dem Zusatz „Nachfolger,“ „Erben“ u. dgl.

Portugal weicht nur darin von Spanien ab, dass es die Fortexistenz der vor dem Handelsgesetz von 1888 entstandenen Firmen erlaubt und bei den laut ursprünglichem Gesellschaftsvertrag übertragenen Firmen den Zusatz Nachfolger vorschreibt.

Griechenland: Handelsgesetz von 1836 wesentlich nach französischem Muster. Handelsregister für Gesellschaften. Uebertragbarkeit der Firmen nur unter nahen Verwandten, ausserhalb dieses Kreises untersagt.

Argentinien, Paraguay: Handelsregister mit strengem, dem Schweizerischen Obligationenrecht fast genau entsprechendem Firmenrechte. Anonyme Gesellschaften nur Sachfirmen mit Ausschluss persönlicher Namen. Keine Uebertragbarkeit.

Chile. Handelsregister; Eintragspflicht nur für Gesellschaften. Strenges Firmenrecht nach französischem Muster. Keine Uebertragbarkeit.

Die übrigen **süd- und centralamerikanischen Staaten** besitzen meist ein Handelsregister und befolgen im Wesentlichen das französische Recht.

Dritte Gruppe.

Deutschland. Das deutsche Firmenrecht stellt das Prinzip der Firmenwahrheit für alle neuen Firmen auf, gestattet aber bei Uebergang eines Geschäftes durch Vertrag oder Erbgang dem neuen Inhaber, die alte Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortzuführen, sofern der frühere Inhaber oder dessen Erben zustimmen.

Unser Obligationenrecht ist bekanntlich aus deutschem und französischem Rechte gemischt, womit aber keineswegs gesagt sein soll, dass das Gesetz von 1883 einfach aus diesen beiden hauptsächlichsten Systemen zusammengestoppelt worden sei, wenn auch einzelne Paragraphen im Wortlaut mit dem fremden Rechte übereinstimmen; wir werden vielmehr später sehen, dass es auch auf schweizerischem Boden längst vor dem deutschen Handelsgesetzbuch, ja vor dem französischen Code, ein Firmenrecht gegeben hat.

Mit Deutschland gemein und in Abweichung von Frankreich hat die Schweiz: das Institut eines vollkommen durchgeführten Handelsregisters, sowie die Anerkennung der Einzelfirma; mit Frankreich gemein in Abweichung von Deutschland: die strikte und für alle Fälle durchgeführte Firmenwahrheit, d. h. das Prinzip der Nichtübertragbarkeit der Firma und des Wechsels dieser letzteren beim Ausscheiden eines Gesellschafters, dessen Namen in der Firma figuriert; — allen dreien gemeinsam sind: die Vorschriften über die Bildung der Gesellschaftsfirmen, inklusive der anonymen Gesellschaft.

Des Fernern kennt das deutsche Recht entgegen dem unsrigen die Stille Gesellschaft und hat an derselben auch im neuen Entwurfe festgehalten, „da sie sich seit langen Jahren im Verkehr eingelebt habe und besondere Bedürfnisse befriedige.“ [1]) Unser Gesetz hat wohl mit Recht dieselbe weggelassen, weil sie an sich ein unklares Institut ist, die Verhältnisse nur unnötig kompliziert und vielfach mit der Kommanditgesellschaft verwechselt wird. Mit dieser gemein

---

[1]) Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches S. 182.

hat sie den Zweck, beschränkt und unbeschränkt beteiligte Gesellschafter zu vereinigen; aber während die Kommanditgesellschaft als solche auch nach aussen hervortritt, eine besondere Firma führt und ein selbständiges Vermögen besitzt, geht die stille Gesellschaft in dem Vertragsverhältnis zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Inhaber des Geschäftes auf. Vom gewöhnlichen Creditverhältnis unterscheidet sie sich dadurch, dass der stille Gesellschafter Teil nimmt am Gewinn (am Verlust nach dem deutschen Entwurfe nicht mehr unbedingt), und dass er im Konkurs des Inhabers des Geschäftes seine Einlage bis zur Höhe seines vertraglich bestimmten Verlustanteils verliert resp. die rückständige einzahlen muss und nur für den seinen Verlustanteil übersteigenden einbezahlten Betrag Konkursgläubiger wird.

Sodann giebt das deutsche Recht in Abweichung vom Obligationenrecht eine Definition der Firma, welche es auch im neuen Entwurfe gleichlautend beibehält: „Die Firma eines Kaufmannes ist der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgiebt.“ Unser Gesetz hat diese Definition nicht aufgenommen und setzt den Begriff der Firma als bekannt voraus. Letzteres durchaus mit Unrecht. Dass wir den Unterschied zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann nicht kennen, bildet keinen Grund, um diese Definition zu verwerfen. Sie hätte entschieden dem Art. 865 des Obligationenrechtes sehr gut gethan und ohne Schaden den unklaren, rein theoretisierenden und zum Teil falschen Absatz 1 von O. 865 verdrängt.

Wie bekannt, arbeitet Deutschland soeben sein Handelsgesetzbuch und damit auch sein Firmenrecht um und ist bereits bei seinem dritten Entwurfe angelangt, der vermutlich ohne weitere Aenderungen wird angenommen werden, nachdem er mehrfach und des gründlichsten von allen interessierten Kreisen ist durchberaten worden und speziell im Firmenrecht gegenüber den zwei ersten Ausarbeitungen vielfältige Aenderungen erfahren hat. Diesem letzten Entwurfe ist eine gut geschriebene und sehr bemerkenswerte Denkschrift beigegeben, deren Lektüre des lebhaftesten darf empfohlen werden. Sie

wird hier nach der amtlichen bei J. Guttentag in Berlin erschienenen Ausgabe citiert. Zu genauerer Orientierung werden wir die entsprechenden Artikel des Obligationenrechtes, des bisherigen deutschen Handelsgesetzbuches und des Entwurfes vergleichend nebeneinander stellen, während die eingehende Besprechung der im Entwurfe enthaltenen Neuerungen erst bei den einzelnen Abschnitten erfolgen soll.

O. 867 (Einzelfirma) entspricht D. H. G. B. Art. 16 Entwurf § 17, nur dass letzterer bezüglich der Zusätze noch vorschreibt, dass sie keine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäftes oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeiführen dürfen.

O. 869, 870, 871 (Kollektiv- und Kommanditgesellschaft) lauten gleich wie die 3 Absätze des Art. 17 D. H. G. B. und finden sich wieder in § 18 des Entwurfes. Letzterer hat neu aufgenommen die Firma der Kommanditaktiengesellschaft, indem er sie bezüglich der Firmenbildung der Kommanditgesellschaft gleichstellt und überdies noch den Zusatz „Kommanditgesellschaft auf Aktien“ vorschreibt. Das O. R. hat die Firma der Kommanditaktiengesellschaft überhaupt nicht behandelt, was schwer erklärlich ist und als Lücke muss angesehen werden. Leider findet sich hierüber auch in der Botschaft des Bundesrates zum Obligationenrecht keine Spur.

Glücklicherweise weggelassen hat der Entwurf den Schlussatz des frühern Art. 17: „auch darf sich keine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft als Aktiengesellschaft bezeichnen, selbst wenn das Kapital der Kommanditisten in Aktien zerlegt ist.“ Weshalb der heutige Gesetzgeber zu dieser Einsicht kam, verschweigt leider die Denkschrift; immerhin ist die Thatsache zu begrüssen, denn die Bestimmung war eigentlich von Anfang an kaum mehr, als eine historische Reminiszenz und passte zum System des Handelsgesetzbuches nicht. Bei einer Revision dürfen wir unbedenklich diesem Vorgange folgen; denn ein plausibler Grund, weshalb dieser Passus von uns aufgenommen wurde, wird sich schwerlich finden lassen; er besass und besitzt keinerlei Existenzberechtigung.

Art. 18 D. H. G. B. (Aktiengesellschaft) stimmt mit § 19 des Entwurfes überein, nur verlangt dieser noch den Zusatz „Aktiengesellschaft“ in der Firma.

O. 873 enthält drei Abweichungen von Art. 18, indem er erstens die Genossenschaft ebenfalls aufnimmt, zweitens die Firmenwahl nicht an den Gegenstand des Unternehmens bindet und drittens den Namen einer „bestimmten lebenden Person“ ausschliesst. Letzern Punkt sowohl, als auch die Streitfrage, ob das ferner verlangte Kriterium der deutlichen Unterscheidung von jeder bereits eingetragenen Firma mit O. 868 zusammenfällt oder nicht, werden wir später ausführlich behandeln müssen.

O. 868 (Unterscheidung gleicher Firmen an demselben Orte) entspricht Art. 20 D. H. G. B. und kehrt wieder in § 28 des Entwurfes, nur dass letztere beide präziser lauten und daher weniger Anlass zu Zweifel geben (Ausdruck „benutzt“ in O. 868).

Genauer, als O. 868, der von der Zweigniederlassung nichts erwähnt und daher nur mit einiger Dehnung auch auf diese kann angewandt werden, erklärt Art. 21 D. H. G. B., dass die Filiale, welche mit einer am Orte bereits eingetragenen Firma kollidiert, ebenfalls einen sie deutlich von dieser unterscheidenden Zusatz aufnehmen müsse, welche Bestimmung unverändert vom Entwurf in § 28 Abs. 3 beibehalten wurde. Im übrigen entsprechen sich die Bestimmungen über den Eintrag der Zweigniederlassung vgl. O. 865 Abs. 3 und 4 D. H. G. B. Art. 21 Abs. 1 und 3, Entwurf § 12 Abs. 1 und 2, nur dass dieser in Absatz 3 des § 12 auch noch den Eintrag der Filiale einer ausländischen Firma normiert, was bei uns erst in der Verordnung über das Handelsregister nachgeholt wurde.

Uebereinstimmend sind sodann noch O. 876 Abs. 2 (unbefugter Gebrauch einer Firma) und D. H. G. B. Art. 27 Abs. 1, unwesentlich abgeändert in § 33 Abs. 2 des Entwurfes. Leider fehlt im O. R. der Abs. 2 des Art. 26 D. H. G. B., der im Entwurfe § 33 Abs. 1 lautet: „Wer sich einer nach den Vorschriften dieses Titels ihm nicht zustehenden Firma

bedient, ist vom Registergerichte zur Unterlassung des Gebrauches der Firma durch Ordnungsstrafen anzuhalten."

Anders, als das Obligationenrecht hat bekanntlich das D. H. G. B. die Frage der Uebertragbarkeit der Firmen regliert, indem es diese in Art. 22 unter Lebenden und von Todes wegen zulässt, sofern der bisherige Geschäftsinhaber resp. dessen Erben oder die etwaigen Miterben einwilligen, doch ist die Veräusserung der Firma allein ohne das Geschäft nicht zulässig (Art. 23). Desgleichen bewirkt der Aus- oder Eintritt von Gesellschaftern keine Firmenänderung, nur muss zur Fortführung seines Namens in der Firma der Austretende seine Zustimmung erteilen (Art. 24, sogenannte abgeleitete Firmen).

Diese Bestimmungen, die selbstverständlich zu vielen Täuschungen und Unredlichkeiten Anlass geben, wurden von Juristen und Kaufleuten angefeindet und daher auch im ersten und teilweise noch im zweiten Entwurfe zu Gunsten der Firmenwahrheit abgeändert, drangen aber schliesslich auf Betreibung der Handelskammern der bedeutendsten Handelsstädte Deutschlands doch wieder durch, so dass sie unverändert wiederum in die §§ 20 und 22 des dritten Entwurfes aufgenommen wurden, mit der einzigen Ausnahme, dass auch in der abgeleiteten Firma einer Kommanditaktiengesellschaft oder einer Aktiengesellschaft die Bezeichnung „Kommanditgesellschaft auf Aktien" oder „Aktiengesellschaft" als Zusatz muss beigefügt werden.

Um den oft bedenklichen materiellen Folgen, welche diese unbeschränkte Uebertragbarkeit für Kreditoren und Debitoren mit sich führt, einigermassen entgegenzutreten, hat der Entwurf folgende neue, scharf einschneidende Vorschriften aufgestellt:

> § 23. „Wer ein von ihm erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des frühern Inhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber in die Fortführung der Firma gewilligt hat."

„Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn in handelsüblicher Weise von dem Erwerber oder dem Veräusserer bekannt gemacht ist, dass die Forderungen oder Schulden von dem Erwerber des Geschäfts nicht übernommen seien."

„Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäftes für die frühern Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Uebernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht ist."

§ 24. „Ist der Erwerber des Handelsgeschäftes auf Grund der Fortführung der Firma oder auf Grund der in § 23 Abs. 3 bezeichneten Bekanntmachung für die frühern Geschäftsverbindlichkeiten haftbar, so verjähren die Ansprüche der Gläubiger gegen den frühern Inhaber mit dem Ablaufe von fünf Jahren, falls nicht nach den allgemeinen Vorschriften die Verjährung schon früher eintritt."

§ 25. „Führt der Erbe ein zu einem Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft fort, so finden die Vorschriften des § 23 Abs. 1 keine Anwendung, falls die Fortführung vor dem Ablauf vor drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, eingestellt wird."

§ 26. „Tritt jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmannes ein, so haftet die Gesellschaft, auch wenn sie die frühere Firma nicht fortführt, für alle im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des frühern Geschäftsinhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf die Gesellschaft übergegangen."

„Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn in handelsüblicher Weise bekannt gemacht ist, dass die Forderungen oder Schulden von der Gesellschaft nicht übernommen seien."

Hiemit ist zu Gunsten eines an sich ziemlich bestreitbaren Instituts tief in das materielle Recht eingegriffen und die Lehre vom Uebergang der Forderungen und Schulden bedeutend verändert. Einmal im Zuge ging man noch einen Schritt weiter und führte in § 26 cit. eine Neuerung ein, die nicht nur an sich schon ausserordentlich diskutabel ist, sondern auch mit dem sonstigen Prinzipe, speziell mit § 23, Abs. 3 eigentlich in direktem Widerspruche steht.

Ob ein anderes Recht diesem deutschen Beispiele folgen wird, bleibt fraglich.

Ein ferneres und allerdings bedeutend empfehlenswerteres Mittel, um seine Firmenunwahrheit auszugleichen, will Deutschland damit einführen, dass es alle Ladengeschäfte nötigt, neben der Firma deren Inhaber in deutlich erkennbarer Weise auf dem Geschäftsschilde oder an einer andern sichtbaren Stelle zu nennen, doch soll diese Vorschrift nicht in das Handelsgesetzbuch, sondern in eine Reichsgewerbeordnung aufgenommen werden.

Oesterreich sowohl als auch **Ungarn,** welch letzteres sein eigenes von 1875 datierendes Handelsgesetzbuch besitzt, folgen durchaus dem deutschen Rechte und geben daher zu keiner besondern Erwähnung Anlass; nur dass im ungarischen Gesetze die Kommanditaktiengesellschaft nicht erwähnt ist.

Auf gleicher Stufe stehen **Bosnien** und die **Herzegowina** (Handelsgesetz von 1883).

Italien (Handelsgesetzbuch von 1882) besitzt ein bei den Handelskammern geführtes Handelsregister und hat für sein Firmenrecht die deutschen Grundsätze angenommen, mit Ausnahme der Einzelfirma, welche es gesetzlich nicht regliert. Die Frage der abgeleiteten Firmen wurde bei Abfassung des codice di commercio besprochen, die Firmenwahrheit jedoch verworfen; immerhin betont der Bericht aus Mailand merkwürdiger Weise, dass bei wirklichen Kaufmanns- oder industriellen Firmen Aenderungen im Personalbestand, in der Regel auch solche in der Firma mit sich führen und die alte Firma nur für einige Jahre neben der neuen in einem Nachfolgeverhältnis beibehalten wird. Ueber den Wert der Beibehaltung der alten Firmen sind die Stimmen der zahlreich eingelaufenen Konsularberichte geteilt; Mailand und Venedig halten das schweizerische System für besser.

Schweden, welchem mit unbedeutenden formellen Abänderungen auch **Norwegen** und **Dänemark** folgen, stimmt im wesentlichen mit dem Schweiz. Obligationenrecht, das dort sehr gerühmt wird, überein, nur dass es, wenn auch etwas beschränkter, als Deutschland, die Uebertragung der Firma zulässt. Es hat sein diesbezügliches Recht im Jahre 1895 erneuert und in besondern Gesetzen untergebracht,

welche alle vom 28. Juni 1895 datiert sind.[1] Einzelfirmen und Handelsgesellschaften werden im eigentlichen Handelsregister (Handelsregistret), die Genossenschaften und wirtschaftlichen Vereine (föreningar) in einem besonderen Föreningsregistret, die Aktiengesellschaften im Aktiebolagregistret eingetragen. Die Publikationen finden alle 14 Tage statt.

Eintragspflichtig sind alle, die gewisse kaufmännische Bücher führen müssen (ausgenommen sind: Bauern, bäuerliche und Minen-Industrien, kleine Handwerker und Budenbesitzer), sodann sämtliche Handelsgesellschaften. Für Genossenschaften und wirtschaftliche Vereine ist der Eintrag fakultativ, ohne denselben geniessen sie aber keiner Rechtspersönlichkeit.

Die Bildung der Firmen ist wie bei uns, nur muss die Kommanditgesellschaft den Zusatz Kommanditbolag führen, desgleichen die Genossenschaftsfirmen die Bezeichnung förening und je nach der persönlichen Haftbarkeit den Zusatz utan personlig oder med begränsad personlig ansvarighet, ferners dürfen sie, wie wohl auch die Aktiengesellschaften, keinen persönlichen Namen enthalten. Sachfirmen sollen mit den unter ihnen betriebenen Geschäften nicht im Widerspruche stehen; die Firma der Aktiengesellschaft muss den Zusatz Aktiebolag annehmen und sich von jeder andern deutlich unterscheiden. Gleich wie im O. R. sind auch die Bestimmungen über die Unterscheidung der Firmen und über die diesbezüglichen Zusätze; desgleichen müssen Aenderungen in der Natur des Geschäftes eingetragen werden.

Nach deutschem Rechte geregelt erscheint die Uebertragbarkeit der Firmen bei Uebergang von Todes wegen, d. h. Erben dürfen die Firma unverändert beibehalten, während bei solchen unter Lebenden ein das Nachfolgeverhältnis betonender Zusatz gemacht werden muss. — Der überlebende Ehegatte darf die Firma des verstorbenen unverändert weiter führen.

---

[1]) Gesetz über das Handelsregister, den Namen und die Prokura. Gesetz über die Eintragung der anonymen Bankgesellschaften. Gesetz über die Handelsgesellschaften (Handelsbolag) und die einfachen Gesellschaften (Enklabolag). Gesetz über die Aktiengesellschaften (Aktiebolag). Gesetz über die Genossenschaften und wirtschaftlichen Vereine (Föreningar).

Einer besondern Erwähnung verdient noch **Holland**, da dasselbe zur Zeit ebenfalls einen Entwurf über Handelsregister und Firmenrecht ausarbeitet, um damit sein von 1825 datierendes Handelsgesetz zu ergänzen. Holland besass hierüber bisher fast gar nichts und bietet gegenwärtig ein warnendes Beispiel, wohin diese absolute Freiheit führt, indem sich dort allerlei zweifelhafteste Existenzen anhäufen und vermittelst ihrer Schwindelfirmen die andern Länder zu brandschatzen suchen (vgl. die diesbezüglichen Erlasse im Bundesblatt). Um diesem Treiben abzuhelfen, wurde schon längst ein Handelsregister mit strengen Vorschriften gewünscht; infolgedessen erschien vom Ministerium aus im Jahre 1896 ein Entwurf mit folgenden Grundsätzen: Der Eintrag ist freiwillig, doch geniesst nur die eingetragene Firma eines gesetzlichen Schutzes und wird als solche anerkannt. Die Wahl der Firma ist frei, sofern sie nicht mit einer schon bestehenden kollidiert. Die Firma ist übertragbar und als Wertobjekt frei verkäuflich, nur soll der Uebergang seitens des neuen Erwerbers veröffentlicht werden.

Damit ist natürlich dem Schwindel keineswegs abgeholfen, ja es erscheint beinahe unglaublich, dass heutzutage ein Minister einen derartigen Entwurf vorzulegen und zu verteidigen wagt. Interessant sind die hierüber gepflogenen Verhandlungen, die zum Teil recht scharfsinnig und von jeder Sentimentalität frei geführt wurden.

Der Entwurf scheint wenig Aussicht auf Annahme zu haben, da ihm, wie der Konsul in Rotterdam schreibt, die allgemeine Stimmung zu ungünstig sei.

Damit ist die Uebersicht über das ausländische Recht, soweit sie aus dem Materiale des Eidg. Justizdepartementes und den betreffenden Gesetzen entnehmbar war, erledigt. Mit dem Einblick, wie anderwärts die für uns bei einer Revision in Betracht fallenden Fragen behandelt werden, haben wir deren Lösung selbst schon beinahe gewonnen; denn da es hiebei weniger auf juristische, als auf praktische Erwägungen und Schlüsse ankommt, so lassen wir uns am besten durch die Erfahrung überzeugen, und für diese ist bekanntlich je-

weilen das Schicksal der Andern am lehrreichsten, insofern dessen Kenntnis uns vielfach die Kosten und Gefahren der Proben am eigenen Leibe erspart.

Das Schweizerische Recht.

Handelsregister und Firmenrecht vor Einführung des Obligationenrechtes.

Handelsregister und Firmenrecht sind auch auf schweizerischem Boden Jahrhunderte alte Institutionen, immerhin führte letzteres dem heutigen Sinne gegenüber eine ziemlich beschränkte Existenz und wurde mehr vom Gewohnheitsrecht und sogen. Handelsüsancen regiert, als vom Gesetz.

Wie es in der Natur der Sache liegt, konzentrierten sich beide da, wo eben der eigentliche Handel seinen Sitz hatte, d. h. in den grösseren Städten. Als Vorbilder dienten italienische und deutsche Stadtrechte, sowie einzelne französische Edikte und Ordonnanzen; so werden z. B. in einem Memorial des Direktoriums der Basler Kaufmannschaft vom 29. November 1718 die Ordonnanzen König Ludwigs XIV. oder der sogenannte Code Louis erwähnt, daneben noch besondere Ordnungen der Städte Lyon und Paris; sodann bezüglich „Einschreibung der Handelsgemeinschaften und Gemeinderen auch dero Separationen“ eine Verordnung von Frankfurt und besonders eine Commercien- und Wexel-Ordnung der Stadt Augsburg vom 30. Juni 1716, welch letztere speziell für Basel von Einfluss scheint gewesen zu sein.[1])

Auch diese Gesetze und Verordnungen brachten in der Regel nichts Neues, sondern codifizierten nur bereits bestehendes Recht. Die ältesten bisher bekannt gewordenen Handelsregister oder Ragionenbücher, sowie die Gesetze, durch welche sie ins Leben gerufen wurden, stammen aus dem Ende des 17. und dem Anfang des 18. Jahrhunderts.

[1]) Vergl. meinen Aufsatz: Zur Geschichte der Gesetzgebung über Ragionenbuch- und Wechselrecht in Basel. Zeitschr. für Schweiz. Recht XXIII resp. N. F. I. S. 79 ff.

Genf hat règlements sur le commerce vom 6. September 1698 und auf Grund derselben ein livre des inscriptions des sociétés des négociants enregistrés en chancellerie, dessen erster Eintrag vom 25. April 1699 datiert.[1]) Es werden darin die sociétés générales (Kollektivgesellschaften) und die Kommanditgesellschaften zum Eintrag verpflichtet, und zwar pour le plus tard dans le mois après la société contractée à peine de deux cents écus d'amende aux contrevenans. Erweitert und auch auf die Prokuristen ausgedehnt wurden diese Vorschriften im Titel XVI des Edits civils von 1713:

> Art. II. „Tous les négocians seront obligés de s'inscrire dans un livre qui sera dans la Chancélerie pour être vû d'un chacun, et ce, par leurs noms et surnoms, et celui des associés, sous le nom de compagnie, en commandite ou autrement. Ils inséreront dans ce livre, dans le mois, s'ils ont des associés, les clauses de leur société qui peuvent intéresser les tiers et les changements qu'ils y feront, dans le tems d'iceux à peine d'amende et des dommages-intérêts de partie civile; mais à l'égard des comptes en participation il ne sera pas nécessaire de les enregister."
>
> Art. III. „Ils feront aussi enregister dans ce livre, sous les mêmes peines, les procurations qu'ils donneront à leurs facteurs, agents, ou domestiques, pour agir, gérer ou négocier en leur nom et les révocations d'icelles."

Von Firmenrecht finden sich hierin nur zwei Spuren, nämlich die Bezeichnung weiterer Gesellschafter unter dem Zusatz compagnie, sowie ein Passus in den erstgenannten règlements, wo Art. 7 sagt: „Les sociétés en commandite .... et en icelle ceux sous le nom desquels la raison du négoce ne courra pas, ne seront tenus aux créanciers de la société que jusqu'à concurrence du fond, qu'ils y auront mis."

Der Name des Kommanditärs darf also nicht in der Firma figurieren, ob er als companie erscheint, kann wohl aus der Fassung des Art. II cit. bejaht werden, wird auch in einem Eintrag vom Jahre 1739 bestätigt.[2]) Aus dem Jahre 1793 wird eine Kommanditaktiengesellschaft unter der Firma Frères Serre et Cie erwähnt, die durchaus nach heutigem

[1]) Le Fort: Le registre du commerce S. 3 ff.

[2]) Le Fort cit. S. 9.

Rechte gebildet ist. — Hervorzuheben bleibt noch, dass auch die Einzelfirmen registriert wurden, und zwar, wie aus dem bei Le Fort citierten Beispiele hervorzugehen scheint, nicht genau mit dem persönlichen Namen, indem ein Aimé-Louis Audeoud sich mit der Firma Audeoud Suès einschreibt. Vielleicht ist Suès der Frauenname oder sonst ein auch nach nach heutigem Rechte erlaubter Zusatz: dann wäre die Firmenwahrheit gerettet.

Dieser Zustand hat bis zur Vereinigung Genfs mit Frankreichs gedauert; der französische code de commerce trat in Genf mit dem 1. Januar 1808 in Kraft und hat seither das dortige Recht beherrscht.

Basel.[1] Die älteste Codification über Handelsregister und Firmenrecht enthält § 458 (alt 380) der Stadtgerichtsordnung von 1719 und wurde gelegentlich der Neuerrichtung dieser vorgenommen. Das Ragionenbuch selbst erscheint zwar als ein neues Institut, das Firmenrecht aber wird als etwas Selbstverständliches und Bekanntes nur so nebenbei erwähnt, wie denn der ganze diesbezügliche Paragraph nur am Schlusse des von der Societät oder Gemeinschaft handelnden Titels XVII beigefügt wird. Derselbe lautet:

„Und damit denen biss dahin vermerkten Unordnungen so viel möglich gesteuret werde, so wollen Wir, dass in unserm Post-Amts-Hauss ein Ragionenbuch aufgerichtet, daselbst verwahrlich deponirt und jedermänniglichen der Access dazu vergonnt werden, auch in solches Ragionen-Buch ein jeder Negociant, sowohl der, der nur seinen simplen und eigenen Nahmen spendirt, als auch der, so etwann seiner Vor-Eltern Handlungs-Nahmen annoch führet, ferners die Weiber, welche ihrer verstorbenen Männer Nahmen gebrauchen, und der oder die Associrte, welche zu End ihres Nahmens annoch das Wort Compagnie anhenken, den wahrhaften Nahmen der Handlung, auch die unter dem Nahmen der Compagnie biss dato nicht bekannte Handlungs-Gemeindere namhaft machen, und alle die, so in einer Handlung interessirt, genannt oder ungenannt, sich mit ihrem Nahmen und Zunahmen in dieses Buch eigenhändig underschreiben, und dafern in ihrer Handlungs-Gemeinschaft eine Separation oder sonsten durch Todes- oder andere Fähl eine anderweitige Veränderung vorgienge, die,

[1]) Vergl. Zeitschrift N. F. I. S. 79 ff.

so darinnen interessirt, solches wiederumb notificieren und in dem Ragionen-Buch mit eigenhändiger Subscription bescheinen, widrigen Fahls und da solche Separation oder Enderung nicht entweders durch sich selbsten oder in einem Todfahl durch dero Erben eigenhändig wieder abgeschrieben und notificirt wurde, die darinn interessirt gewesste gegen alle Creditoren und Ansprechere in ihrem vorigen Obligo stehen bleiben sollen."

In dem Gutachten, aus welchem dieser Paragraph stammt, wird die Einschreibung in das Ragionenbuch „eine dem Publico höchst nutzlich und mithin ohnumbgänglich nöthige Sach" genannt. Augenscheinlich sahen aber das nicht alle so an, denn öfters kehren die Klagen wieder, dass die Kaufleute die Einschreibung unterliessen, verweigerten oder unrichtige Angaben machten, und dies zum Teil mit den auch heute wieder aufgeführten Gründen motivierten. So mussten bereits am 20. Mai 1730 die „Dreyzehner Herren" darüber deliberieren, „ob das Ragionenbuch, wie es eingerichtet, nicht etwan hiesigen angehörigen ausserhalb einigen Nachtheil bringen könnte," — ein Bedenken, das auch in den Verhandlungen über den deutschen Gesetzesentwurf sowohl, als in denjenigen über den holländischen wiederkehrt.

Während die gesetzliche Vorschrift für Einzelfirmen, wie für Gesellschaften ersichtlich auf dem Prinzip der Firmenwahrheit beruhte und nur für direkte Nachkommen, sowie für die Frauen verstorbener Männer eine Ausnahme zuliess, erhoben sich schon früh Differenzen darüber, auf welche Art jeder seine Firma zu benennen habe, und ob fremde Namen in derselben zulässig seien oder nicht. Infolge eines Aufsehen erregenden Konkurses, bei dem es sich um eine Firma handelte, in welcher der Name eines in derselben nicht Beteiligten stand, wurden die Kaufleute über die Wünschbarkeit oder Nichtwünschbarkeit der Firmenwahrheit angefragt. Die Stimmen waren geteilt:

„Einige hielten dafür, dass man besser thäte, alles in Statu quo zu lassen, und nur allein dehren Namen abzuändern, welche noch würklich im Leben, jedoch geringstens nicht interessieret seyen, mit dem Hinzuthun, dass ja auf anderen Handelsplätzen eben auch wie allhier entlehnt und ererbte underschriften ge-

braucht würden und ein Jeder frömbde Kaufmann zusehen müsste, mit weme er zu thun hette, anbey hiesiges Raggionenbuch offen und einem jeden frei stuehndte, sich dessjenigen zu erkundigen, worbei Er einigen Zweifel gefasst hette, wie dann solches auch zu Lyon und andern Orthen gleichfahls auf solchem Fuss tractiert würde."

„Die andere Meinung aber und zwar dess mehreren Theils gienge dahin: dass zwar die ererbt adoptiert von Vatter, Schwächer und sonsten herkommende Nahmen und underschriften nicht wohl abgethan werden könten, Jndeme dardurch verschiedene in ihrem commercio abbruch leyden, und vielen verdriessliche und ungelegenheiten exponiert sein würden, Es erfordere aber die im commercio nöthige Trew, dass man bei solchen underschriften ehrlich handle, und zu erschleichung des credits keine fingierten oder gleich dem ausgetrettenen H. eines in dem negotio nicht interessierten Pupillen-Nahmen gebrauche. Ein anderes sey mit einer Handlung, die von einem Vatter auf seinen noch under dem Vogt stehenden Sohn komme, als denn solchen fahls seinen eigenen oder dess Vatters Nahmen zu führen nicht verbotten werden könnte; Ein anderes aber mit einem Pupillen, der, wie gedacht, in dem negotio nicht interessiert; Eines solchen Nahmen sollte künftigs weder bey den underschriften, noch in dem Raggionenbuch ebensowenig als andere dergleichen von noch lebend und niemahls interessiert gewessten Personen entlehnt oder sonst fingierte Nahmen gelitten werden.

Auch andere heute noch ventilierte Fragen beschäftigten die Leute schon damals; so weigerte sich im Jahre 1732 ein Aufgeforderter des Eintrags mit der Begründung, er sei Handwerker, nicht Kaufmann und unterliege daher dem Gesetze nicht, und 60 Jahre später musste die gleiche Frage wiederum vom Direktorium der Kaufmannschaft in einem langen Memoriale erörtert werden.

Das 1719 codifizierte Recht behielt seine Geltung bis zur Einführung des Schweizerischen Obligationenrechtes, nur dass gemäss der Entwicklung der Handelsinstitute von Zeit zu Zeit noch etwas dazu kam. So brachte das Jahr 1847 ein Gesetz über Kommanditen und anonyme Gesellschaften, doch wird das Firmenrecht darin nur mit dem einen Satze berührt, dass die anonymen Gesellschaften durch ihren Zweck oder den Gegenstand ihres Geschäftskreises bezeichnet sein und nicht etwa bloss den Namen einer oder etlicher dabei beteiligter Personen tragen sollen.

Nehmen wir den Wortlaut genau, so waren also Namen neben der Sachbezeichnung gestattet, die Praxis hielt sich jedoch mit der Zeit an die strengere Ansicht und schloss die Personennamen aus.

Im Jahre 1863 wurde eine neue Verordnung über das Ragionenbuch erlassen, ohne dass darin aber des Firmenrechtes Erwähnung geschah. Man hielt sich immer noch an das Gesetz von 1719, und da das Buch nicht von Juristen, sondern von einem beliebigen Sekretär unter Zuzug einiger kaufmännischer Delegierter geführt wurde, so war auch die Praxis eine schwankende, bald strengere, bald laxere.

St. Gallen hat i. J. 1712 ein Ragionenbuch eingerichtet, um die Unordnungen zu heben, über die schon Jahrzehnte früher geklagt wird. — 1712 sind 31 Kaufleute eingeschrieben, 1715 kommen Ladenleute und Fabrikanten dazu, 1769 sind es 20 inkorporierte Kaufleute, 35 andere mit beschlossenen Komptoirs, ca. 65—70 Ladenleute (Seckler, Knopfmacher, Posamenter, Buchbinder etc.) und ca. 30 Fabrikanten. Die Firmen tragen bürgerliche Namen, die weiteren Gesellschafter werden als Compagnie bezeichnet; wenn ein neuer Teilhaber eintritt, so wird in der Regel die Firma geändert. Uebertragungen von Firmen finden sich nur zwei, bei der einen ist überdies die alte und eine neue Firma eingetragen, einige Handelshäuser haben für gewisse Artikel und Platzgeschäfte Associés, für andere nicht, während das Gesetz verbot, dass dieselbe Person unter der gleichen Firma zweierlei Handlungen führen dürfe. Die bezüglichen Vorschriften finden sich in der Gerichtsordnung von 1725, erneuert 1780.

In Betracht kommt noch der Beschluss des Kleinen Rats betreffend die Abgabe der Handelsraggionen vom 4. April 1808, doch bietet derselbe für das Firmenrecht nichts von Interesse, als etwa die Strafbestimmung für betrügliche Angaben, wodurch das Publikum in Schaden gebracht werden könnte, aus welcher jedoch für unseren Zweck wenig herauszulesen ist.[1])

[1]) Leider stand mir das Material nicht im Original, sondern nur auszugsweise zur Verfügung. Möglicherweise hätte dasselbe eine reichhaltigere Ausbeute geboten.

Bei den anderen hienach folgenden Kantonen stammen die gesetzlichen Bestimmungen erst aus dem laufenden Jahrhundert; nicht dass nicht auch ältere vorhanden gewesen wären, Zürich, Schaffhausen und wohl auch Luzern besassen jedenfalls Verordnungen viel früheren Datums, aber dieselben standen mir nicht zu Gebote.

Zürich. Das einzige nennenswerte Firmenrecht, abgesehen vom Gebiet des französischen Code, besass Zürich in seinem privatrechtlichen Gesetzbuch, dessen einzelne Abteilungen successive in den Jahren 1854—56 in Kraft traten:

Kollektivgesellschaft: § 1258. „Die Firma ist aus persönlichen Namen zu bilden. Entsteht eine neue Handelsgesellschaft, die ein neues Etablissement gründet, so sind die Namen der Firma jederzeit aus den wirklichen Geschlechtsnamen eines oder mehrerer Gesellschafter zu bilden.“

Wie steht es mit dem Zusatz & Cie? Der Schluss des Paragraphen, der von Namen eines oder mehrerer Gesellschafter spricht, scheint denselben vorzusehen; denn dass nur ein einziger Name als Gesellschaftsfirma dürfe gewählt werden, ist kaum anzunehmen.

§ 1259. „Wird dagegen ein altes Etablissement übernommen und fortgesetzt, so kann auch die alte Firma fortgeführt werden, obwohl ihre Namen sich nicht unter den neuen Gesellschaftern finden.“

§ 1260. „Eine im Verkehre bereits bestehende Firma darf nicht von einer andern Gesellschaft für sich gewählt werden. Jede bestehende Firma hat ein Recht zu fordern, dass jede neue Firma deutlich als eine von ihr verschiedene bezeichnet, und die Täuschung des Publikums vermieden werde.“

Geht dies nur auf die eingetragenen oder wörtlich auf alle im Verkehre bereits bestehenden Firmen, so dass also auch eine ihrer Eintragspflicht nicht nachkommende Gesellschaft des gesetzlichen Schutzes ihrer Firma geniesst?

§ 1262. „Von der Eingehung der Gesellschaft muss sowohl in den Ragionenbüchern Vormerkung gemacht, als dem Publikum öffentliche Kunde gegeben werden.“

Kommanditgesellschaft: § 1330. Die Kommanditgesellschaft bedarf keiner Gesellschaftsfirma. Jedenfalls dürfen in die Handelsfirma keine Namen von Kommanditisten aufgenommen werden.

Der erste Satz ist singulär und findet sich in modernen Rechten nur noch in demjenigen des amerikanischen Staates Louisiana, sowie den vom Zürcher Recht abgeleiteten Gesetzbüchern; er kann sich in seiner engen Fassung nur auf die Association mit einem einzigen unbeschränkt haftenden Gesellschafter beziehen, wie auch der vorhergehende, den Begriff der Kommanditgesellschaft aufstellende § 1329 nur auf diesen Fall geht. Damit soll selbstverständlich die Association zwischen einem oder mehreren Kommanditisten und mehreren Komplementären nicht ausgeschlossen sein, sondern die Firma beurteilt sich eben nach der Vorschrift für Kollektivgesellschaften.

Aktiengesellschaft: § 1343. „Der Name der Aktiengesellschaft darf nicht persönlich, sondern soll dem Objekte oder Zweck der Unternehmung entnommen sein.

Das Gesetz betreffend das Ragionenwesen vom 25. September 1835 regelte lediglich das Formelle der Eintragung und kommt neben obigem nur noch insofern in Betracht, dass es auch die Einzelkaufleute, Fabrikanten, Kommissäre, Speditoren, Handwerker und Betreiber freier Gewerbe, welche mit ihrem Geschäft Handel verbinden, zum Eintrag verpflichtete. — Wie weit bei der Einzelfirma die Firmenwahrheit durchgeführt wurde, geht daraus nicht hervor.

Schaffhausen hat sein Gesellschaftsrecht und damit das einschlägige Firmenrecht zum Teil wörtlich dem Zürcher Gesetzbuch entnommen. (Privatrechtliches Gesetzbuch von 1804/5.) Gesetz über die Einführung eines Ragionenbuches vom 24. August 1838 ohne nennenswerte Besonderheit.

Bern. Civilgesetzbuch von 1824, Satzung 870 ff. handelt vom Gesellschaftsvertrage, der beim Untergericht des Orts, wo die Gesellschaft ihren Wohnsitz hat, zur Eintragung in ein bestimmtes, öffentliches Buch muss vorgelegt werden, sobald die Gesellschaft die Betreibung eines Gewerbes zum Gegenstand hat und das Gesellschaftskapital auf Fr. 5000 ansteigt, desgleichen sollen die Unterschriftsberechtigten, falls dies nicht alle sind, allfällige Aenderungen, sowie die Aufhebung der Gesellschaft eingetragen und durch das amt-

liche Blatt publiziert werden. — Ein Ragionenbuch existiert nicht.

Luzern: Bürgerliches Gesetzbuch von 1839. Gesetz vom 11. Oktober 1832 bestimmt, welche Handelsleute sich in das Firmenregister müssen einschreiben lassen: Einzelfirmen sowohl, als auch Kollektiv- und Kommanditgesellschaften; fakultativ für Handelsleute, deren Warenlager unter Fr. 1000 Wert hat. Sodann noch Gesetz vom 11. November 1860 über die Beschaffenheit des Firmenregisters.

Aargau verbindet sein Ragionenbuch derart mit dem Wechselrecht, dass jenes eigentlich nur für dieses besteht.

Verordnung vom 19. März 1857, § 2: In jedem Bezirke wird von dem Bezirksamtmann das Verzeichnis der wechselfähigen Einwohner des Bezirkes geführt. Diese Verzeichnisse bilden zusammen das aargauische Ragionenbuch und werden jährlich neu im Drucke herausgegeben. Alle spätern Einschreibungen und Abänderungen sind wöchentlich durch das Amtsblatt bekannt zu machen.

Eine aargauische Spezialbestimmung ist die, dass solche, die durch die Wechselfähigkeit gefährdet würden, oder die im Rufe schlechten Haushaltes stehen, nicht sollen eingetragen werden.

Wechselordnung vom 12. Februar 1857, § 5: Wechselfähig ist jeder, der sich durch Verträge verpflichten kann und sich in das Ragionenbuch eingeschrieben hat.

§ 6: Das Ragionenbuch ist ein öffentliches Buch. — Alle diejenigen, welche ein Handelsgeschäft von grösserer Ausdehnung betreiben, sowie die öffentlichen Notare und die Geschäftsagenten sind von Gesetzeswegen gehalten, sich in dasselbe einzuschreiben. — Wer eine von den genannten verschiedene Berufsart ausübt, bedarf zur Einschreibung der Einwilligung des Bezirksamtes seines Wohnortes. — Walten wegen Jemand Zweifel, ob er zur Einschreibung verpflichtet oder berechtigt sei, so entscheidet der Regierungsrat.

Im übrigen werden Einzelfirmen und Gesellschaften, Ein- und Austritt und Prokuraträger eingetragen; das Ragionenbuch erscheint aber nicht mehr als Selbstzweck, sondern als Anhang zum Wechselrecht, was geradezu eine Umkehrung des Verhältnisses ist. Die Verbindung von Ragionenbuch und

Wechselrecht hat natürlich nicht erst das aargauische Gesetz oder das Obligationenrecht erfunden, sie ist Jahrhunderte alt, hat die verschiedensten Phasen durchgemacht und findet sich sowohl in den alten deutschen, als den französischen Gesetzen und Verordnungen.

Aus den einzelnen Ragionenbüchern ergiebt sich von Firmenwahrheit keine Spur, es scheint in jeder Beziehung absolute Freiheit geherrscht zu haben; so finden sich Einzelfirmen für Gesellschaften und umgekehrt, Sachfirmen bei Kollektivgesellschaften, Kommanditäre in der Firma u. s. w.

Glarus: Gesetz betreffend das Ragionenbuch, erlassen von der Landsgemeinde 1868, augenscheinlich neu eingeführtes Institut, Verpflichtung zum Eintrag, wie gewöhnlich, aber kein Firmenrecht.

Solothurn: Civilgesetzbuch § 1208 ff. handelt von der öffentlichen Gesellschaft, d. h. einer Gesellschaft, deren Vertrag in Schrift verfasst und deren Mitglieder, Geschäftsführer und Zweck dem Oberamtmann angezeigt und durch das Amtsblatt bekannt gemacht sind. Spätere Aenderungen müssen ebenfalls in gleicher Weise bekannt gemacht werden; ebenso die Kommandit- und Aktiengesellschaft.

Handelsregister und Firmenrecht existieren gesetzlich nicht.

Aehnlich **Graubünden** und **Appenzell a./Rh.**

Damit dürfte die Behandlung des Rechtes vor 1883 erschöpft sein, über die hier nicht erwähnten Kantone fehlt mir das Material, da sie aber vorwiegend landwirtschaftlichen Charakters sind, so wird vermutlich auch nicht viel bei ihnen zu finden sein.

Eine eingehendere Prüfung der schweizerischen Verhältnisse möchte noch manches Interessante zu Tage fördern, speziell liesse sich aus den alten Ragionenbüchern das frühere Firmenrecht mit ziemlicher Sicherheit rekonstruieren, doch gehörte das in eine Spezialaufgabe.

Soviel aber glauben wir entnehmen zu können, dass in den Städten im 18. Jahrhundert das Firmenrecht strenger gehandhabt wurde, als später, und dass zu einer wirklichen Firmenwahrheit wenigstens der gute Wille vorlag.

Die Entwicklung des Firmenrechtes unter der Herrschaft des Obligationenrechtes und die Frage der Revision.

Die Revisionsfrage im Allgemeinen.

Da die Frage der Revision allgemein gestellt ist, ohne Angabe der einzelnen revisionsbedürftigen Punkte oder einer sonstigen Direktive, so bleibt uns, wie schon oben erwähnt, nur der eine Weg offen, das ganze Firmenrecht auf seine Revisionsbedürftigkeit zu prüfen, und da wiederum haben wir als einzig sicheres Mittel, zu einem wirklichen Ziele zu gelangen, die Vergleichung des Gesetzes mit der unter seiner Herrschaft entstandenen Praxis einerseits und mit der auswärtigen Gesetzgebung andererseits.

Eine Rückkehr zu einem frühern gesetzlichen Zustande giebt es für uns nicht, denn eine bundesrechtliche Vorschrift hat vor dem Obligationenrecht nicht bestanden, und von den Kantonen besass ausser Zürich und seinen legislatorischen Abkömmlingen keiner ein irgendwie in Betracht fallendes Firmenrecht.

Was die Revision selbst betrifft, so müssen wir unterscheiden zwischen Punkten, die einer Revision wirklich bedürfen, derentwegen es in der That notwendig ist, den schwerfälligen Gesetzgeberapparat in Bewegung zu bringen, und solchen, deren Aenderung bloss wünschenswert erscheint und die daher nur bei einer sowieso stattfindenden Revision in Berücksichtigung fallen. Letztere können zahlreich sein; denn geht man einmal ans Revidieren und Wünschen, so wird man erfahrungsgemäss nicht so rasch fertig. Wir können uns auch sehr wohl das Resultat denken, dass eine ganze Anzahl an sich sehr berechtigter Vorschläge und Wünsche auftaucht, ohne dass man darum wirklich zu einer Revision schreitet; denn eine solche soll doch nur vorgenommen werden, wenn sie nach allgemeinem Urteile dringend nötig ist. Die Stabilität der Gesetze und Einrichtungen ist viel mehr wert, als die Befriedigung einiger Stürmer und Dränger, die allgemeine Ruhe und Sicherheit des Verkehrs mehr, als die Vorteile Einzelner oder einzelner Kreise. Ruhe und Sicherheit des Verkehrs aber sind bei einer rasch wechselnden Gesetzgebung

unmöglich, darum überlege man sich eine Aenderung dieser reiflich. Es hat lange gedauert und grosse Mühe gekostet, bis wir das Obligationenrecht errungen hatten, in vielen Kreisen erfreut sich die Bundesgesetzgebung auch heute noch nur einer geringen Beliebtheit und manche, keineswegs verachtenswerte Männer, betrachten immer mit etwelchem Misstrauen, was von Bern kommt; deswegen hüte man sich davor, das sich nur langsam Bahn brechende einheitliche Recht durch Revisionen von zweifelhaftem Werte zu diskreditieren, und ändere nur da, wo der allgemeine Wille des Volkes, resp. aller interessierten Kreise es unbedingt verlangt.

Recht und Pflicht zum Eintrag.

1. Recht zum Eintrag.

Schon der erste Satz des von den Geschäftsfirmen handelnden Abschnittes klingt höchst problematisch:

> O. 865, Abs. 1. „Wer sich durch Verträge verpflichten kann, hat das Recht, sich in das Handelsregister seines Wohnortes eintragen zu lassen.“

Das Wort „Handelsregister“ muss hier bereits in einem ganz besondern Sinne aufgefasst werden. Augenscheinlich hat man dabei nur an die Wechselfähigkeit (später auch Konkursfähigkeit) gedacht (vgl. Verordnung über Handelsregister und Handelsamtsblatt vom 6. Mai 1890, Art. 14) und den Satz in seiner heutigen Fassung als Gegenstück zu O. 720, Abs. 1, hingestellt. Er soll also denjenigen, welche nicht schon in einer anderen Eigenschaft (Firmeninhaber, unbeschränkt haftende Gesellschafter) im Register A eingetragen sind, das Recht geben, durch den Eintrag im Register B des Handelsregisters die volle, d. h. auch die sogenannte passive Wechselfähigkeit zu erlangen. Nur bei diesen schliesst die mangelnde Handlungsfähigkeit resp. Vertragsfähigkeit (O. 29) den Eintrag aus.[1])

Sobald wir O. 865, Abs. 1, über diesen Kreis ausdehnen, so hört er auf richtig zu sein, denn sowohl im Firmenbuch,

---

[1]) Hier sei zugleich auf die Inkongruenz zwischen Gesetz und Verordnung aufmerksam gemacht, indem diese (Art. 31) von Handlungsfähigkeit, jenes von Vertragsfähigkeit spricht.

als auch im besondern Buch für die sog. nicht kaufmännischen Prokuren (O. 422, Abs. 3) können auch Nichtvertragsfähige aufgenommen werden. Minderjährige und sogar Mundtote dürfen recht wohl Inhaber oder Teilhaber von Firmen sein, obschon sie sich nicht durch Verträge verpflichten können. Noch weniger wird man ihnen das Recht, Prokuraträger zu werden, absprechen wollen, man müsste denn sagen, dass sie sich nicht eintragen, sondern wie auch das Gesetz thatsächlich lautet, nur sich eintragen lassen, was doch etwas gar zu spitzfindig wäre. Auch die Frauen sind durchaus nicht immer, oder doch nicht voll vertragsfähig; dennoch erscheinen sie in allen möglichen Stellungen im Handelsregister.

Umgekehrt passt dann aber die Einschränkung auf die Wechselfähigkeit nicht, weil Schreibunfähige sehr wohl vertragsfähig, aber gemäss O. 820 thatsächlich nicht wechselfähig sind (wonach übrigens auch O. 720 einzuschränken wäre).

Nun mögen ja die Gelehrten über die Tragweite von O. 865, Abs. 1 einig sein; das hindert aber nicht, dass das Gesetz, das doch für alle geschrieben ist, auch allgemein verständlich sein sollte. Bei einer Revision desselben wäre also der so schön allumfassend klingende Satz auf seinen wirklichen Inhalt zu beschränken.

Absatz 2 des Artikels 865 spricht von der Firma und setzt dabei voraus, dass jedermann diesen Begriff kenne, was aber durchaus nicht zutrifft. „Firma" ist ein technischer Ausdruck von keineswegs allgemeiner Verständlichkeit; deshalb sollte ihn das Gesetz definieren, was doch gewiss nicht allzu schwer wäre. Das deutsche Recht sagt:

> „Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgiebt."

Dem deutschen Rechte gegenüber haben wir freilich eine schwierigere Stellung. Der Begriff des Kaufmanns, den wir als eine besondere, von den andern abgetrennte Person nicht kennen, schränkt allerdings den Kreis der Anwendung schon beträchtlich ein. Innerhalb dieses Kreises kennt man die Bedeutung des Wortes eher; und doch steht das deutsche Gesetz von der Definition nicht ab.

Bei uns kann jeder eine Firma führen mit der einzigen Bedingung, dass er ein Geschäft besitzen muss. Was ist nun aber ein Geschäft? Dessen Definition ist noch schwieriger, als die der Firma. Es wird wenig Männer geben, die nicht irgend ein Geschäft betreiben. Auch der Arzt, der Pfarrer, der Lehrer haben ein Geschäft, selbst der Rentier, denn ein grosses Vermögen zu verwalten ist unter Umständen ein Geschäft von bedeutender Ausdehnung, oft mit einem ganzen Stab von Angestellten. Und doch hat man bis dahin die Rentiers nicht in das Personenregister aufgenommen; auch Aerzte, Pfarrer und Lehrer werden sich kaum in demselben finden lassen. Der Ausdruck „Beruf" passt ebenfalls nicht, denn ein Rentier hat wohl unter Umständen ein Geschäft, aber keinen Beruf, der Pfarrer einen Beruf, aber im Sinne des Gesetzes wenigstens kein Geschäft. Auch mit der Begrenzung auf ein Erwerbsgeschäft, wie man den Ausdruck des Gesetzes doch wohl auffassen muss, wird nicht alles getroffen, denn es kann jemand ein Geschäft betreiben, bei dem er absichtlich nichts für sich erwirbt. Immerhin wäre die Definition etwas genauer; eine nach allen Richtungen befriedigende wird sich überhaupt schwer finden lassen.

Ist das Wort aber durchaus nötig, könnte man nicht jedermann, gleich wie den Eintrag ins Handelsregister (Abs. 1), so auch den Besitz einer Firma gestatten? Was verschlägt es denn, wenn einmal ein Pfarrer oder ein Lehrer eine Firma eintragen lässt? In der Regel sind ja diese Leute durch ihre Anstellungsverträge vom Handelsregister ausgeschlossen; und wenn nicht, so geschieht durch ihre Anwesenheit in demselben niemanden ein Schaden. Zum blossen Spass wird sich wohl auch keiner eintragen. Wir können also die Beschränkung auf den Betrieb eines Geschäftes füglich entbehren und jedermann den Erwerb einer Firma erlauben. Je nachdem diese Frage entschieden wird, muss auch die Definition der Firma eine andere sein. Gemäss dem jetzigen Wortlaut des Art. 865 könnte man einfach sagen: „Die Firma ist der Name, unter dem jemand sein Geschäft betreibt und für dasselbe unterschreibt."

Hieran schliesst sich aber noch eine andere Erwägung. Die Firma ist unter allen Umständen etwas anderes, vom gewöhnlichen Namen Abweichendes, selbst wenn sie nur diesen enthält; sie steht neben dem bürgerlichen Namen als etwas Selbstberechtigtes, ein besonderes Subjekt, und soll so, wie sie einmal angenommen wurde, unverändert fortdauern. Dass bei der Einzelfirma die Unterscheidung von Privatnamen oft schwer fällt, und beide vom Inhaber sowohl, als vom Publikum oft verwechselt werden, lässt sich nicht vermeiden, so lange wir am Prinzip festhalten, dass zur Einzelfirma der Privatname verwendet werde, woran wir natürlich nicht im Mindesten rütteln möchten. Darum sprechen auch viele Gesetze gar nicht von der Einzelfirma, selbst wenn sie den Eintrag des Einzelkaufmanns resp. eines Einzelnen nicht ausschliessen.

Bleiben wir aber bei unserer Auffassung der Firma als etwas Besonderem, neben dem Privatnamen Bestehendem, so müssen wir konsequenter Weise auch noch weitergehen. Wie der bürgerliche Name auf dem Civilstand beruht und, dort einmal eingetragen, nicht mehr beliebig verändert werden darf, so sollte die Firma mit dem Handelsregister verknüpft sein und ohne den Eintrag nicht bestehen können. Die Wahl derselben ist innerhalb den Schranken des Gesetzes frei, die Sanktion aber, ihren bestimmten, festen Charakter und damit ihre Existenz im eigentlichen Sinne selbst, erhält sie erst durch den Eintrag. Für spätere Veränderungen wird das auch unbeanstandet anerkannt, dieselben werden erst wirksam, wenn sie im Handelsregister eingetragen sind. Warum soll dies nicht auch für den Beginn gelten? Es ist graue Theorie, das nicht anzuerkennen; denn das gesamte Firmenrecht hat ohne das Handelsregister gar keinen Sinn, wie auch eines gesetzlichen Schutzes nur die eingetragene Firma geniesst. Und das mit Recht. Oder wollte der Richter wirklich einen Streit zwischen zwei nichteingetragenen Firmen über ihre gegenseitige Berechtigung zur Entscheidung annehmen? Würde man unter sonst gleichen Verhältnissen allein nach dem Prinzip der Priorität urteilen, so müsste man dies rechtlicherweise auch gegenüber einer eingetragenen Firma thun

und der früher entstandenen, aber nicht eingetragenen das Vorrecht gegenüber einer später eingetragenen Firma einräumen. Das ist aber gesetzlich ausgeschlossen.

Entbehrt nun die nicht eingetragene Firma des gesetzlichen Schutzes, so besitzt sie überhaupt keine rechtliche Existenz und sollte daher vom Rechte auch überall und in allen Fällen ignoriert werden. Natürlich macht dies bei der Einzelfirma wenig aus, da bei ihr der Verpflichtete stets derselbe bleibt, gleichgültig, ob er mit der Firma unterzeichnet oder nicht; anders aber bei den Personenverbindungen. Hier ist die Firma etwas Besonderes, eines speziellen gesetzlichen Schutzes Bedürftiges, das erst im Recht und in dessen Fiktion seine eigene Subjektivität findet, das daher ohne seinen gesetzlichen Civilstand, ohne das Handelsregister, nicht existieren kann. Deswegen braucht man die Existenz der Gesellschaft, als solcher, nicht von der Firma abhängig zu machen; denn wie der Mensch auch ohne gesetzlichen Namen besteht, so auch die Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft ohne den Eintrag der Firma, nur soll dann eben der Gesamtname, den sie sich beilegt, nicht Firma heissen, weil er gesetzlich keine solche ist.

Und wie soll auch dieser Gesamtname zur Bezeichnung „Firma“ kommen, da er doch gar nicht an die für diese vorgeschriebenen gesetzlichen Erfordernisse gebunden ist? Oder würde etwa der Richter einer nichteingetragenen Kollektivgesellschaft den Charakter als solche abstreiten und sie z. B. nur als einfache Gesellschaft behandeln, weil ihre sog. Firma nicht nach O. 869 gebildet ist? Wohl schwerlich; und doch ist eine Kollektivfirma, die O. 869 widerspricht, ungesetzlich und kann also vom Gesetze nicht anerkannt werden.

Wir gelangen daher auch hier wieder zu dem Schlusse, dass eine Sicherheit nur gewonnen wird, wenn man die Firma an den Eintrag bindet und sie erst durch diesen rechtlich entstehen lässt.[1])

---

[1]) Der holländische Entwurf z. B. steht auf dieser Grundlage; er lässt zwar die Firmenwahl absolut frei, anerkennt und schützt aber nur die eingetragene Firma. Vgl. S. 587.

Der Abs. 2 des Art. 865 würde demnach ungefähr lauten: „Wer eine Firma besitzen (oder unter derselben ein Geschäft irgend welcher Art betreiben) will, muss dieselbe in das Handelsregister des Ortes, wo er wohnt, (oder wo er die Hauptniederlassung seines Geschäftes hat), eintragen lassen.“

Als Definition der Firma ergäbe sich etwa: „Die Firma ist der Name unter dem sich jemand (Einzelperson oder Gesellschaft) im Handelsregister (Firmenbuch) eintragen lässt.“

Der Frage der Revision gegenüber stehen die beiden Aenderungen nicht auf gleicher Stufe. Ohne Definition der Firma können wir auskommen, sie ist mehr nur von formellem Werte; wichtig aber und im allgemeinen Interesse wäre die Abänderung des Abs. 2 von O. 865. Beim jetzigen Zustande kann kein Mensch unterscheiden, ob er sich einer eingetragenen oder einer nicht eingetragenen Firma gegenüber befindet, und damit, ob deren Teilhaber dem Wechsel- und Konkursrechte unterliegen, und ob er die Teilhaber einzeln oder, ob er die Firma einklagen muss. (In O. 552 und 590 würde man den Ausdruck „Firma“ einfach durch „Namen“ ersetzen.)

2. Pflicht zum Eintrag.

Gegen die Definition der Eintragspflicht des Abs. 4 von O. 865 lässt sich wohl wenig einwenden. Was ein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe sei, und wie weit dieser Begriff gehe, wird immer ein Gegenstand des Streites bleiben. Der Bundesrat hat in Art. 13 der Verordnung vom 6. Mai 1890 eine grössere Anzahl dieser Gewerbe benannt, ohne dass damit natürlich die Skala erschöpft wäre; des ferneren hat er als unterste Grenze der Eintragspflicht das Halten eines Warenlagers im Werte von Fr. 2000 oder einen Jahresumsatz (brutto) resp. eine Jahresproduktion von Fr. 10,000 angegeben.

Hiegegen hat vor einigen Jahren der Verein der Handelsreisenden eine Eingabe gemacht und eine weitere Herabsetzung der Minimalgrenze, d. h. eine Verschärfung der Eintragspflicht verlangt mit der Begründung, dass diese Ansätze

für die Geschäfte auf dem Lande zu hoch gegriffen seien.[1]) Das Begehren wurde jedoch mit Recht abgelehnt, da es weder im Interesse des Handelsregisters, noch der Allgemeinheit liegt, den Kreis der Eintragspflichtigen weiter auszudehnen, indem mit dem Eintrag denn doch Pflichten (Halten von Büchern) und Folgen (passive Wechsel- und Konkursfähigkeit) verknüpft sind, mit denen man die kleinen Krämer auf dem Lande ebensogut, wie die kleinen Händler in der Stadt verschonen soll.

Eine Ausdehnung anderer Art aber wäre sehr wohl am Platze und zwar in Zusammenhang mit dem oben über die Firma Gesagten. Es kommt öfters vor, dass sich Leute, deren Geschäft, so lange es jeder allein betreibt, nicht eintragspflichtig wäre, zusammenthun, eine Gesellschaft bilden und eine Firma, d. h. einen gemeinsamen Namen führen. Die Association allein, selbst wenn sie auf den Betrieb eines ganzen Gewerbes geht, bedingt nun an sich den Eintrag nicht, und solange jeder Gesellschafter nur seinen eigenen Namen zeichnet oder für sich und als Vertreter seiner Mitgesellschafter auftritt, lässt sich hiegegen auch nichts einwenden. Anders aber gestaltet sich die Sache, sobald Einer des Andern Namen gebraucht und einen Gesellschaftsnamen signiert. Hiedurch bringt er sich, wenn auch vielleicht nicht mit dem Buchstaben des Gesetzes, so doch mit dem allgemeinen Rechtsgefühl in Widerspruch; denn es genügt nicht, dass der andere Gesellschafter gegen die Verwendung seines Namens keinen Einspruch erhebt, sondern es liegt im allgemeinen Interesse, dass ein derartiger Namensmissbrauch nicht geschehe. Leider lassen uns die Gesetze hier etwas im Stich, indem sie das Führen eines falschen Namens nicht schon an sich bestrafen, sondern erst dann, wenn damit eine Urkundenfälschung, ein Betrug oder eine falsche Angabe gegenüber der Polizei verbunden ist. Trotzdem liegt auch hier ein Namensmissbrauch vor, durch den andere in Irrtum geführt werden können, beruhe derselbe nun auf Unehrlichkeit, Eitelkeit oder blossem

[1]) Vgl. S. H. A. B. vom 27. März 1895 S. 353, und vom 12. Oktober 1895 S. 1057.

Leichtsinn. Mag man das auch im gewöhnlichen Leben passiren lassen, so sollte man doch den geschäftlichen Verkehr, der in vielen Fällen gezwungen ist, mit Treu und Glauben zu rechnen, nach Kräften davon freihalten und darum schon an sich das Führen eines fremden Namens verbieten, gleichviel ob der rechtmässige Eigentümer dazu einwilligt, und ob ein Schaden dadurch entstanden ist oder nicht.

Associeren sich die beiden Bäckermeister Jakob Bauer und Franz Fischer zum gemeinsamen Betrieb der Bäckerei, so werden sie dadurch nicht eintragspflichtig und bleiben nach wie vor Handwerker, sobald sie aber Bauer & Fischer zeichnen begehen sie einen Namensmissbrauch; denn jeder darf von Rechtes wegen nur seinen eigenen Namen führen. Nebenbei erregen sie natürlich beim Publikum den Irrtum, sie bildeten eine regelrechte im Handelsregister eingetragene Kollektivgesellschaft. Es mag dies ein Rechtsirrtum sein; aber es ist ein so verbreiteter, dass das Recht auf ihn Rücksicht nehmen und ihn durch entsprechende Massregeln unmöglich machen muss. Das Publikum betrachtet allgemein und überall die Association der beiden Bäckermeister, sobald sie „Bauer & Fischer" zeichnen, gleich wie diejenige zweier Grosskaufleute oder Fabrikanten; denn es hält sich an das äussere Zeichen, den gemeinsamen Namen, die Firma.

Besässen wir nun kein Mittel, um dem Uebel abzuhelfen, so müssten wir uns eben zufrieden geben; wir haben aber ein solches im Handelsregister, und es liegt nur an uns, dasselbe zu gebrauchen. Das Publikum setzt sogar voraus, dass dasselbe angewandt werde, und ist im einzelnen Falle höchst verwundert, wenn es das Gegenteil erfährt.

Bei einer Revision des Gesetzes sollte hier unbedingt eingegriffen werden, indem das Führen einer im Handelsregister nicht eingetragenen Gesellschaftsfirma untersagt und das Zuwiderhandeln bestraft würde. Die Einzelfirma müsste selbstverständlich ausser Spiel bleiben, da sie mit dem Privatnamen zusammenfällt; es könnte sich höchstens fragen, ob hier das Beifügen eines das Bild einer Firma erweckenden Zusatzes gestattet sei oder nicht. Zusätze, welche mit der

Person selbst zusammenhangen, wie senior, junior, Vater, Sohn und dgl. könnten nicht verboten werden, selbst wenn sie nicht zur Unterscheidung dienten, d. h. beim Vater gar kein Sohn etc. vorhanden wäre. Ebensowenig dürfen wir solche geschäftlicher Natur beanstanden; denn sie entsprechen der Wahrheit und haben mit dem Begriffe der Firma an sich nichts zu thun. Schon etwas anders verhielte es sich mit lokalen Beifügungen, z. B. Meyer zur Rose, doch lässt sich auch hier nicht viel einwenden, sofern dem betreffenden Meyer das Haus „zur Rose“ gehört oder er mindestens in demselben sein Geschäft betreibt. Noch weiter gehen Phantasiezusätze, die in der That meistens nur von eintragspflichtigen Geschäften gebraucht werden und deren Verwendung schon nahe an die Firma streift. Nichtsdestoweniger lässt sich auch aus ihnen noch nicht das Kriterium einer Firma entnehmen, so dass wir also die Einzelfirma mit oder ohne Zusätze weglassen können.

Anders verhält es sich mit Gesellschaftsfirmen; diese werden mit Recht nicht etwa auf die dem Publikum durchaus unbekannte einfache Gesellschaft, zu der sie ja auch nicht gehören, sondern stets nur auf eingetragene Gesellschaften bezogen. Dass nach unserem Gesetze solche Firmen auch ausserhalb des Handelsregisters vorkommen dürfen, weiss im Publikum wohl niemand. Sie stehen übrigens, genau betrachtet, auch mit dem System unseres Rechtes im Widerspruch; denn was ist eine solche Gesellschaft? Eine einfache Gesellschaft? Dagegen spricht die Firma; und dass sie keine Kollektivgesellschaft ist, steht im Gesetz. Man mache einmal reinen Tisch und untersage einer solchen Verbindung das Charakteristikum der eingetragenen Gesellschaft, die Firma, d. h. man zwinge sie ebenfalls zum Eintrag, setze für das Führen einer nicht eingetragenen Gesellschaftsfirma eine Strafe fest und verpflichte zum Schadensersatz.

Damit kommen wir auf den oben besprochenen Absatz 2 des Artikels 865 von einer anderen Seite aus wieder zurück und geraten natürlich in Opposition mit O. 552 Abs. 3 und O. 590 Abs. 3. Das schadet durchaus nichts; denn die bei-

den Absätze sind im Grunde ziemlich inhaltlose Schemen. Was sollen sie auch bedeuten? Entweder entsprechen die in denselben gemeinten Gesellschaften der einfachen Gesellschaft, dann sind sie überflüssig und im Wortlaute unrichtig; oder sie sollen etwas anderes bedeuten, dann sage einmal jemand gefälligst was. Da das Gesetz nur die einfache, die Kollektiv- und die Kommandit-Gesellschaft kennt, so bleibt beim besten Willen für diese besondere Art kein Raum übrig.

Halten wir fest, dass eine Firma im gesetzlichen Sinne nur durch den Eintrag im Handelsregister entsteht, dass wer eine solche besitzen will, sich muss eintragen lassen und dass das Führen einer solchen resp. eines Gesellschaftsnamens ohne Eintrag verboten ist, so werden wir wohl zum richtigen Ziele gelangen, eine Menge von Zweifeln und Irrtümern beseitigen und zugleich die beiden anrüchigen Absätze 3 der Artt. 552 und 590 entfernen oder doch illusorisch machen, resp. auf ihren wahren Wert zurückführen.

Ein fernerer praktischer Vorteil liegt darin, dass man damit den immer wieder auftauchenden Schwindelfirmen etwas näher auf den Leib rücken kann, wofür das jetzige System zu umständlich ist. Häufig kommt es vor, dass die Post Briefe erhält an Firmen, die das Handelsregister nicht kennt. Schickt nun der Registerführer eine amtliche Aufforderung zum Eintrag, so wird dieselbe in der Regel zuerst gar nicht beantwortet und mit einer zweiten geht es sehr oft gleich. Nun sollte er gemäss Art. 26 der Verordnung zwar schon nach der ersten Aufforderung den Eintrag von Amtes wegen vornehmen und der Aufsichtsbehörde die Firma zur Bestrafung verzeigen. Wie soll er aber diesen Offizialeintrag machen, wenn er von der ganzen vorgeblichen Gesellschaft nichts, als den Namen, kennt? Die Ausführung dieser Massregel ist also einfach unmöglich. Die Aufsichtsbehörde ihrerseits befindet sich ungefähr in der gleichen Lage; denn sie spricht eine Strafe erst nach stattgehabter Untersuchung aus, und diese kann leicht einige Wochen dauern, selbst wenn sie überhaupt zu einem Resultate führt. — Nehmen wir aber auch an, der oder die Aufgeforderten erscheinen innerhalb der vor-

geschriebenen Frist von fünf Tagen, so haben sie meistens eine Anzahl von Ausreden bereit, die sehr oft die Angelegenheit wieder verzögern, oder sie machen Gründe geltend, die ihre Eintragspflicht aufheben würden, wenn sie richtig wären, die der Registerführer aber in seiner beschränkten Kompetenz gar nicht auf ihre Richtigkeit prüfen kann. Genügte hier eine einfache Anzeige an den Strafrichter, so wäre meistens dem ganzen Schwindel ein jähes Ende bereitet.

Ist nun hiezu eine Revision des Gesetzes nötig, oder können wir nicht auch auf einem Umwege das Ziel erreichen und so die prinzipiellen Gegner einer Gesetzesänderung ebenfalls auf unsere Seite bekommen? Wir wollen's untersuchen.

Beziehen wir O. 865, Abs. 2 nur auf die Einzelfirma, womit zum mindesten der Wortlaut nicht im Widerspruche steht, und wozu man mit einigem guten Willen dem Bundesrate die Kompetenz einräumen könnte, so ist dem ganzen Uebelstande abgeholfen. Wir haben ja auf dem Wege der Verordnung oder des Kreisschreibens schon so manche anfechtbare Gesetzesauslegung erhalten und aus praktischen Gründen angenommen, dass man hier pour le bon motif auch einmal die Augen zudrücken mag. Gestehen wir des fernern, dass O. 552 Abs. 3 und, was allerdings etwas peinlicher, O. 590 Abs. 3 von der einfachen Gesellschaft reden, womit die Firma von selbst wegfällt, so bleibt kaum mehr ein Grund übrig, weshalb der Bundesrat nicht den Gebrauch einer uneingetragenen Gesellschaftsfirma untersagen dürfte. Sind wir einmal so weit, so kann man auf die Contravenienten O. 864 anwenden und überdies noch, was weit rascher wirkt und daher praktischer ist, in die kantonalen Straf- oder Polizeigesetze einen entsprechenden Paragraphen aufnehmen. Zürich ist bezüglich der schwindelhaften Zusätze zu Firmen schon längst auf diesem Wege vorgegangen, Solothurn hat seiner Zeit wenigstens darüber verhandelt und Basel hat auf ähnliche Weise gegen die pompösen Geschäftsreklamen und Geschäftsbezeichnungen resp. -benennungen, die lange Zeit wie Firmen anonymer Gesellschaften gehandhabt wurden,

Stellung genommen, indem es deren Gebrauch ohne deutliche Beifügung der eingetragenen Firma mit Strafe belegt.

So wäre denn der Uebergang unschwer zu finden, und dass damit ein guter Zweck erreicht würde, steht wohl ausser Zweifel. Hat sich dann dieser Zustand erst einmal eingelebt, so kann ihm bei einer späteren Revision des Obligationenrechtes oder beim schweizerischen Strafgesetze Rechnung getragen werden.

Ein fernerer Misstand, der in dieses Kapitel gehört und den wir oben schon angedeutet haben, liegt in den Eintragungen von Amtes wegen.

In richtiger Beurteilung der Bedenklichkeit dieses Verfahrens hat der Bundesrat in seiner Botschaft vom 1. Mai 1888 geschrieben:

„Die auf dem Verwaltungswege erfolgende Offizialeintragung wird keinerlei Schwierigkeiten begegnen, wenn es sich um einen einzelnen Kaufmann, den Inhaber einer Einzelfirma handelt. Anders verhält es sich in Hinsicht auf Personenverbände, die nach dem Obligationenrecht zwar zur Eintragung verpflichtet sind, jedoch eine einheitliche gesellschaftliche Existenz führen können, ohne im Handelsregister eingetragen zu sein, wie die kaufmännische Kollektiv- und die kaufmännische Kommanditgesellschaft. Hier bleibt, wenn nicht ein administratives Zwangsverfahren eingeführt werden will, das im Hinblick auf die vielfach mitbeteiligten Privatinteressen als sehr gewagt erscheinen müsste und nicht selten Rechte Dritter, insbesondere der Ehefrauen, zu nahe treten würde, wohl nichts Anderes übrig, als die Offizialeintragung nur auf Grund rechtskräftiger gerichtlicher Urteile zu gestatten."

Ueber diese vom Bundesrat richtig hervorgehobenen Schwierigkeiten hat sich leider der Ständerat mit seinem Beschlusse vom 26. Juni 1888 (S. H. A. B. vom 28. Juni 1888 S. 618/9) hinweggesetzt und die administrativen Offizialeintragungen auch auf die Gesellschaften ausgedehnt. Infolge dessen erhielt Art. 2 des Ergänzungsgesetzes vom 11. Dezember 1888 folgende Fassung:

„Nachstehende Bestimmung wird als Absatz 2 in den Art. 864 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht aufgenommen:

„„Wenn eine zur Eintragung in das Handelsregister verpflichtete Person oder Gesellschaft dieser Obliegenheit nicht nach-

kommt, so soll der Registerführer von Amtes wegen oder auf Begehren eines Dritten die Eintragung vollziehen.""

In Ausführung dessen hat der Bundesrat in Art. 27 der Verordnung vom 6. Mai 1890 festgesetzt, dass eine derartige Offizialeintragung enthalten müsse: die Namen des Einzutragenden, bei einer Gesellschaft die Namen sämtlicher beteiligter Personen, sowie die gemeinsame Firma, unter welcher sie Geschäfte betreiben, den Wohnort jedes Einzutragenden, das Geschäftslokal und, gegebenen Falles, den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens.[1])

Leider hat der Bundesrat dabei vergessen, zu sagen, wie und woher sich der Registerführer, dem zu einer Untersuchung, wie sie der Richter anordnen kann, nicht die mindeste Kompetenz zusteht, alle diese Daten verschaffen soll. Handelt es sich um eine solide Gesellschaft, so wird sich die ganze Prozedur sowieso als unnötig erweisen; soll aber gegen eine Schwindelgesellschaft vorgegangen werden, so wird sich diese wohl hüten, dem Registerführer die erforderlichen Belege zu liefern. Dann steht eben der Arme mit leeren Händen da und mag sich seine Daten im Monde suchen.

Vergessen wurde des fernern, dass nicht nur Kollektiv-, sondern auch Kommanditgesellschaften sollen von Amtes wegen eingetragen werden. Der Registerführer muss daher gleichfalls die Kommanditsumme ausfindig machen, ob sie damit aber auch einbezahlt wird, bleibt doch recht fraglich.

Das ganze Institut hat sich daher auch als undurchführbar und wertlos erwiesen und würde je eher desto besser im Sinne der bundesrätlichen Botschaft abgeändert.[2])

Der Eintragspflicht ist auf dem Verordnungswege auch die Natur des Geschäftes, die Geschäftsbranche, unterworfen worden. Das Gesetz sieht den Eintrag derselben ausser bei der Aktiengesellschaft (O. 621) und der Genossen-

---

[1]) Vergl. Handbuch für die schweizerischen Handelsregisterführer S. 82 ff.

[2]) Im Handelsamtsblatt habe ich bisher nur eine Offizialeintragung einer Kollektivgesellschaft gefunden und zwar auf Grund eines Entscheides des Regierungsrates von Uri. Siehe S. H. A. B. vom 14. März 1895 Nr. 68 S. 281 betr. die Firma Gebr. Arnold & Cie.

schaft (O. 680), wo im einen Falle vom Gegenstande des Unternehmens, im anderen vom Zweck der Vereinigung gesprochen wird, nicht vor; sie kann daher im Grunde genommen gesetzlich auch nicht verlangt werden. Es war dies vom Gesetzgeber wohl auch so beabsichtigt; denn das deutsche Recht, und damit die meisten anderen, forderte den Eintrag auch nicht, ja verweigerte ihn geradezu als etwas rechtlich Irrelevantes und allzu oftmaligem Wechsel Unterworfenes. Der deutsche Entwurf steht neuerdings auf diesem Boden.[1]) Zwar wurde in den Kommissionsberatungen des zweiten Entwurfes vom Herbst des vorigen Jahres die Frage besprochen; aber wiederum in ablehnendem Sinne beantwortet, weil die erste Eintragung auch den Eintrag jeder Aenderung logischer Weise bedingen müsste und die Kaufleute infolge dessen, um sich die Freiheit beliebiger Aenderungen zu wahren, so allgemeine Bezeichnungen für ihren Geschäftszweig wählen würden, dass dieselben von vornherein ihren Wert verlören. Der Einwand klingt an sich ganz plausibel, unsere Praxis beweist aber das strikte Gegenteil; denn die Firmeninhaber hangen in der Regel sehr an einer genauen Angabe der Geschäftsbranche und detaillieren dieselbe eher zu viel, als zu wenig. Der Grund liegt auf der Hand und wurde merkwürdiger Weise in Deutschland ganz übersehen. Dem Handelsregister resp. den Publikationen des Handelsamtsblattes entnehmen natürlich alle Adressbücher, sowie die sämtlichen kaufmännischen Nachschlageverzeichnisse etc. in erster Linie ihre Angaben, die Eintragung der Natur des Geschäftes ist also die billigste Reklame, die ein Kaufmann für sich machen kann.

Auch die Aenderungen bereiten in der Praxis kaum eine nennenswerte Schwierigkeit. Die Gesellschaften sind ja ihrem Wesen nach stets für einen bestimmten geschäftlichen Zweck gegründet, und es kommt thatsächlich gar nicht vor, dass eine solche ihren Zweck ändert und in ihrer persönlichen Zusammensetzung dieselbe bleibt. Selbst der Aus- oder Eintritt

[1]) Denkschrift S. 41.

von Gesellschaftern erscheint höchst selten in direkter Verbindung mit einer Aenderung der Natur des Geschäftes, jedenfalls bedingt nicht er sie, sondern eher sie ihn; die Gesellschafter wechseln viel leichter und häufiger, als die Natur des Geschäftes. Bei einer Aenderung der letzteren erlischt in der Regel die Gesellschaft und wird durch eine neue ersetzt, wobei sich dann auch alles andere von selbst ergiebt. In Deutschland allerdings, das an der unbegrenzten Uebertragbarkeit der Firma festhält, mag der Fall einer solchen Aenderung eher vorkommen; aber wenn etwas, so spricht das gegen das dortige Prinzip; denn was bleibt dem Publikum noch für eine Sicherheit übrig, wenn eine Firma nicht nur ihre Inhaber, sondern auch ihren ganzen Zweck und Geschäftsbetrieb ändern kann, ohne dass man ihr davon auch nur das Mindeste anmerkt? Ueberdies müssen auch in Deutschland die Aenderungen im Personalbestand eingetragen werden, und da, wie oben bemerkt, Aenderungen im Betriebe auch meist mit solchen in den Personen verbunden sind, so geht der eine Eintrag mit dem andern und ist also die deutsche Befürchtung wenigstens bei den Gesellschaften sehr unbegründet.

Bei Einzelinhabern freilich kommen Aenderungen häufiger vor und sind in der That gar nichts Seltenes; aber der Inhaber selbst besitzt am Eintrag das grösste Interesse, da er sonst in allen vom Handelsregister abhängigen Büchern und Publikationen mit dem alten Geschäftszweige stehen bleibt, was für ihn oft recht üble Folgen nach sich zieht. Kommt es daher auch etwa einmal vor, dass ein Kaufmann die Aenderung seines Betriebes anzuzeigen vergisst, so ist er meistens recht froh, wenn man ihn darauf aufmerksam macht.

Einen eklatanten Beweis haben wir letztes Jahr erlebt. Behufs Herausgabe eines neuen schweizerischen Ragionenbuches und Erzielung einer grösstmöglichen Genauigkeit desselben wurden sämtliche Firmen aufgefordert, ihre allfälligen Abänderungen eintragen zu lassen. Der Erfolg war ein wider Erwarten grosser, und wohl zwei Drittel sämtlicher Aenderungen betrafen die Natur des Geschäftes.

Die deutschen Ablehnungsgründe beruhen also vermutlich

auf Vorurteil; denn es ist kaum anzunehmen, dass dort die Verhältnisse anders liegen, als bei uns. Ueberhaupt erscheint diese Scheu vor einer wirklichen Firmenwahrheit eigentümlich und will sich mit der „deutschen Treue“ nicht recht reimen, stimmt auch durchaus nicht zu dem fortwährenden Toben über unlautern Wettwerb. Wer diesem energisch zu Leibe gehen will, sollte doch selber und an sich selber für die Lauterkeit ein grösseres Interesse beweisen. Viel mag ja dazu beitragen, dass in Deutschland die staatlichen Juristen weniger Fühlung mit dem Volke und wohl auch mit den Kaufleuten haben und darum in den vorwiegend durch Kaufleute besetzten Beratungskommissionen sich mit diesen augenscheinlich nicht immer genügend verständigen konnten, andernfalls müsste in manchen Punkten ein anderes Resultat herausgekommen sein. Immerhin giebt die deutsche Denkschrift selbst zu, dass mancherorts die Angabe des Geschäfszweiges verlangt werde und zu besserer Unterscheidung verlangt werden könne (vgl. hienach S. 616); eine direkte Aufnahme in den Entwurf aber scheiterte am Widerstande der Kaufleute.

Entgegen dem deutschen schreiben manche neuere Rechte die Angabe der Geschäftsbranche direkt vor, so z. B. die drei skandinavischen Länder, welche auch strenge auf dem Eintrage der Aenderungen bestehen.

Die alte bundesrätliche Verordnung von 1882 (Art. 17 Abs. 4) hatte den Eintrag der Natur des Geschäftes, da das Gesetz ihn nicht vorsah, in das Belieben der Firmeninhaber gestellt, trotzdem wurde sozusagen kaum ein Eintrag ohne dieselbe vorgenommen, der beste Beweis, dass die Kaufleute die Aufnahme in ihrem eigenen Interesse liegend erachteten. Im Jahre 1886 entschied der Bundesrat in einem Rekursfalle,[1]) dass in der Natur des Geschäftes nichts Unwahres dürfe enthalten sein, unterwarf also und mit Recht diese Rubrik ebenfalls dem Prinzipe der Firmenwahrheit. In der neuen Verordnung vom 6. Mai 1890 sodann schrieb er in Art. 21 Abs. 4 geradezu vor:

---

[1]) S. H. A. B. vom 29. Mai 1886, Seite 375.

„Der Registerführer hat auch Angaben über die Natur des Geschäftes und das Geschäftslokal einzutragen und zur Veröffentlichung zu bringen.“

und bemerkte hiezu in seinem Kreisschreiben vom 11. Juni 1890 Ziffer VI:

„Nach den bisherigen Vorschriften hatten die Registerführer Angaben über die Natur des Geschäftes und das Geschäftslokal nur auf Verlangen der Anmeldenden einzutragen. Art. 21 Absatz 4 macht diese Angaben nunmehr obligatorisch. Wenn auch dieselben durch das Gesetz nicht direkt verlangt werden, so darf man sie dennoch nicht in das Belieben der Anmeldenden stellen. Thatsächlich ist die Angabe der Geschäftsart ein wichtiger Bestandteil der Eintragung und wurde bisher nur äusserst selten unterlassen. Wo es absichtlich geschah, mögen die Beweggründe kaum ganz lautere gewesen sein. Uebrigens dreht sich die Frage der Eintragspflicht im Grunde genommen eben um die Natur des Geschäftes; in vielen Fällen verlangt das Gesetz ausdrücklich deren Angabe (Aktiengesellschaft, Genossenschaft). Das Geschäftslokal muss schon mit Rücksicht auf eine allfällige Betreibung angegeben werden.“ [1])

Ueber die Berechtigung des Bundesrates zu diesem Erlass mag man verschiedener Ansicht sein, jedenfalls nahm er damit nur etwas auf, was die Praxis in Ergänzung des Gesetzes längst eingeführt hatte, wofür wir ihm im Interesse der Ordnung dankbar sein wollen. Einer Weiterentwicklung benötigt jedes Recht, und kein Gesetz kann sie verbieten, auch der strenge Jurist mag darum sich zufrieden geben, wenn die oberste Administrativbehörde ihre Rekurs- und Verordnungsbefugnis nach dieser Richtung hin benützt, sofern sie nur nichts gegen das Gesetz vornimmt.

An die Natur des Geschäftes schliesst sich, wie dies der Sachlage entspricht, in Verordnung und Kreisschreiben citt. das Geschäftslokal an, dessen Angabe vom Bundesrate ebenfalls obligatorisch erklärt wurde. Hiermit ist er schon bedeutend weiter gegangen; denn einmal fehlt die gesetzliche Analogie der Aktiengesellschaft und Genossenschaft, welche allerdings ihren Sitz angeben müssen, was aber natürlich mit dem Geschäftslokale absolut nichts zu thun hat, zum

[1]) Vgl. Handbuch für Registerführer Seiten 43 4. 76 ff.

andern kommt dem Lokale, abgesehen vom Wechsel- und Betreibungsrecht, keinerlei juristische Bedeutung zu; bei kleinern Ortschaften, die keine Nummerierung, ja oft nicht einmal eine Strassenbenennung besitzen, gerät die Angabe einer Adresse sowieso in Wegfall.

Der deutsche Entwurf sieht von einer Bestimmung hierüber ab, was die Denkschrift in folgender nicht gerade ausserordentlich klarer Weise motiviert:

> „Von manchen Seiten ist auch eine Eintragung der Lage der Geschäftsräumlichkeiten innerhalb des Ortes der Niederlassung (Strasse, Hausnummer) sowie des Geschäftszweiges, dem der Gewerbebetrieb des Anmeldenden angehört, befürwortet worden. Der Entwurf sieht jedoch hievon ab, weil sonst auch jede in dieser Beziehung eintretende Veränderung eingetragen werden müsste; hierdurch wird aber nicht ausgeschlossen, dass zum Zwecke besserer Unterscheidung die Angabe der Lage der Geschäftsräume und des Geschäftszweiges bei der Anmeldung verlangt und dass diese Angaben in die Bekanntmachung der Eintragung aufgenommen werden. Dies pflegt an grössern Orten schon jetzt zu geschehen, und es kann den Ausführungsverordnungen über die Führung des Handelsregisters überlassen bleiben, die Gerichte, soweit nötig, mit einer entsprechenden Anweisung zu versehen." (Vgl. bezügl. Natur des Geschäftes Seite 611 ff.).

Das sieht doch ganz so aus, als wollte man auf dem Verordnungswege wieder hereinbringen, was man im Gesetze preisgeben musste. Wahrscheinlich verhält es sich auch in der That so, wodurch die Deutschen dann mit der Zeit zu einem ähnlichen Resultat gelangen, wie wir.

Selbstverständlich kann hier von einer Revisionsbedürftigkeit des Obligationenrechtes keine Rede sein; bei einer sonst schon stattfindenden Aenderung freilich würde man auch einen Artikel über die Natur des Geschäftes aufnehmen, während das Geschäftslokal am besten dem Verordnungswege verbleibt und höchstens einen Grund abgiebt, die dem Bundesrat in Art. 1 des Ergänzungsgesetzes von 1888 zugeteilten Kompetenzen etwas zu erweitern.

O. 865 spricht endlich in Absatz 3 und 4 noch von den Zweigniederlassungen, hat aber dabei nur den Fall im Auge, dass Zweig- und Hauptniederlassung im Inlande sind.

Der Fall, wo letztere sich im Auslande befindet, ist erst in der Verordnung erwähnt Art. 22 Abs. 3, Art. 28 Abs. 3, während er ebenfalls in das Gesetz gehörte. Da jedoch bisher noch keine Uebelstände hieraus entsprungen sind und sich auch kaum solche voraussehen lassen, so liegt zu einer Ergänzung des Gesetzes erst ein Grund vor, wenn aus andern Ursachen revidiert wird.

Hier anschliessend mag noch die weder im Gesetz, noch in der Verordnung berücksichtigte Kontroverse Erwähnung finden, ob eine im Auslande unter einer Form existierende Firma, welche unser Gesetz nicht kennt, oder die demselben widerspricht, in der Schweiz unter der gleichen Form eine Zweigniederlassung errichten könne oder nicht. Hiebei sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Das Rechtssubjekt selbst (Gesellschaft etc.) besteht auch im Inlande zu Recht und die Differenz liegt nur in der Bildung der Firma. Hier wurde allgemein anerkannt, dass das schweizerische Firmenrecht cessiere und die demselben widersprechende Firma dürfe eingetragen werden. Selbstverständlich nur, so lange es sich um eine wirkliche Zweigniederlassung handelt, während das schweizerische Gesetz sofort wieder die Oberhand gewinnt, sobald die Eintragung des Nebengeschäftes in Form einer Hauptniederlassung soll bewerkstelligt werden.

Dass natürlich diese Freiheit missbraucht werden kann, um auf indirektem Wege eine ungesetzliche Firma in der Schweiz durchzudrücken, indem man die Hauptniederlassung ins Ausland verlegt und dann in der Schweiz die Zweigniederlassung errichtet, mag zu bedauern sein, ändert aber am Prinzipe nichts, um so mehr als es sich hiebei nur um einzelne Fälle und kaum um bedeutendere Firmen handelt, da solche in ihrem eigenen Interesse derartige Manöver schwerlich unternehmen dürften.

2. Das Rechtssubjekt selbst ist in der Schweiz nicht anerkannt. Hier behält das schweizerische Gesetz seine Geltung, indem es, vorbehältlich der Staatsverträge, verlangt, dass in seinem Gebiet auch nach seinen Vorschriften gelebt

werde. So wurde eine Berliner „Gesellschaft mit beschränkter Haftung," die in Basel eine Zweigniederlassung errichten wollte, abgewiesen und hat sich dann auch mit diesem Entscheide zufrieden gegeben, indem sie statt einer Filiale eine Hauptniederlassung nach schweizerischem Rechte eintragen liess.

Auch diese Frage bedarf gelegentlich einer gesetzlichen Regelung.

Das Prinzip der Firmenwahrheit.

Das Prinzip der Firmenwahrheit ist bekanntlich bei uns strenge durchgeführt. Eine Vergleichung mit den auswärtigen Rechten (hievor Seiten 570—588) ergiebt, dass kein einziges derselben hierin soweit gegangen ist, wie die Schweiz. Am nächsten von den Nachbarstaaten kommt ihr Frankreich (hievor Seite 574), dessen Vorgehen wir bezüglich der Gesellschaftsfirmen und bezüglich der Nichtübertragbarkeit gefolgt sind, doch kennt dieses die Einzelfirmen nicht, während wir auch diese der Firmenwahrheit unterwerfen. Auf ungefähr gleicher Stufe, wie Frankreich, steht Belgien (hievor Seite 576), am strengsten ist Spanien (hievor Seite 578), das auch die Einzelfirma einbegreift und nur eine sehr beschränkte Uebertragbarkeit der Firmen zulässt. Schweden (hievor Seite 585/6), das wesentlich unser Obligationenrecht zum Muster genommen hat, konnte sich von den abgeleiteten Firmen doch nicht ganz lossagen, wenngleich es für den Uebergang unter Lebenden etwas schärfer vorgeht, als Deutschland.

Hier in diesem Abschnitte soll nur im Allgemeinen vom Prinzipe der Firmenwahrheit gesprochen und das vorgebracht werden, was bei den einzelnen Spezialerscheinungen immer wieder die Grundlage bildet und daher dort nicht jeweilen wiederholt zu werden braucht. Obgleich wir offiziell nicht wissen, was revidiert werden soll, so ist doch, entsprechend den neuesten Vorgängen in andern Staaten, speziell in Deutschland, anzunehmen, dass die Frage der Firmenwahrheit und ihrer Durchführung einer der hauptsächlichsten zu erörternden Punkte sein werde.

Der Streit um die Firmenwahrheit ist ein Jahrhunderte alter; derselbe wurde überall geführt, wo man ein Firmenrecht einrichten wollte, und entbrennt immer wieder in derselben Weise, sobald man von einer Aenderung spricht; stets auch beobachten wir den Kampf zwischen Theorie und Praxis, oder besser, zwischen allgemeinen und privaten Interessen. Bei der Einführung behält meistens der gute Wille, das Streben nach Wahrheit und Ehrlichkeit des Verkehrs die Oberhand, sei es, dass die Juristen, die ja in der Regel kein Privatinteresse an der einen oder der andern Lösung besitzen, mit ihren rechtlichen Erwägungen durchdringen, sei es, dass die öffentlichen Skandale zu gross geworden sind und die Kaufleute in ihrem eigenen Interesse sich gezwungen sehen, wieder energischer auf die Ehrlichkeit des Verkehrs zu dringen und ihren Stand etwas zu säubern. Das letztere haben wir bei unsern alten Stadtrechten gefunden; speziell Basel, über das mir ein weit umfangreicheres Material zu Gebote steht, als über die andern, bietet ein typisches Bild für diese Vorgänge (hievor Seiten 590 ff.). Schon der erste Erlass von 1719 begründet sich selbst damit, dass „den Unordnungen so viel möglich gesteuert werde" und stellt ziemlich strenge Anforderungen. Damals fragte man nicht jeden höflich, ob es ihm so beliebe, und daher erhoben sich auch anscheinend keine Einwendungen; Säumige und Bockbeinige gab es aber schon damals, so dass das mit so gutem Willen eingeführte Ragionenbuch nicht recht zur Geltung gelangte. Die Behörde nimmt einen neuen Anlauf und das gleiche Spiel wiederholt sich. Dann bringt ein eklatanter Skandal einen frischen Anstoss, und nun wird sogar die öffentliche Meinung, wenigstens innerhalb des Kaufmannstandes zu Rate gezogen. Die damalige Verhandlung (siehe Seite 591/2) könnte auch heute stattgefunden haben, so modern klingt sie. Die Firmenwahrheit siegt wieder, trotzdem sich diesmal die Opposition deutlich vernehmen lässt. „Es erfordere aber die im commercio nöthige Trew, dass man bei solchen underschriften ehrlich handle und zu erschleichung des credits keine fingierten oder in dem negotio nicht interessierten

Nummern gebrauchten eine Sprache, zu der man heute kaum mehr den Mut fände, so nötig sie sich auch hie und da erwiese.

Ueberhaupt ist es merkwürdig und für unsere Zeit etwas beschämend, wenn man z. B. die heutigen Verhandlungen in Deutschland und Holland mit den damaligen in Basel vergleicht. Während dort die directores der Kaufmannschaft, die in einer alten Handelsstadt, wie Basel, selbstverständlich lauter Kaufleute waren, ihrem Stande ohne Zaudern und ohne Rücksicht auf ihre eigenen Privatinteressen die für Treue und Glauben nötig scheinenden Beschränkungen auferlegten und die Ehrlichkeit des Verkehrs in den Vordergrund stellten, sind es heute bei den deutschen Kommissionsberatungen gerade die Handelskammern, welche zuerst und vor allen anderen ihre eigenen Interessen betonen und nur von diesen reden, während von Treu und Glauben etc. und dem eventuell geschädigten Publikum, der Allgemeinheit, sozusagen kein Wort fällt. Alles dreht sich nur um Vor- oder Nachteile unter den Kaufleuten selbst, man schilt über den unlauteren Wettbewerb und will doch selbst die Wahrheit und Durchsichtigkeit des Verkehrs nach Kräften einschränken: von den anderen Leuten, von den Millionen des Volkes, spricht kein Mensch, man könnte meinen, sie seien nur da, um den Kaufleuten die Taschen zu füllen. Wagte man es, man würde auch gegen die anfängliche Firmenwahrheit (beim ersten Eintrage) vorgehen; denn die Handelsleute unter sich wissen sich ja allenfalls zu schützen, sie können Gleiches mit Gleichem vergelten, und es kommt am Ende nur darauf an, wer der Frühere und der Schlauere ist. Dass sich der Kampf oder, sagen wir lieber, die Diskussion, denn von einem Kampf kann man eigentlich nicht reden, da man im Ganzen über das Prinzip einig ist, wesentlich nur um die Uebertragbarkeit und um die abgeleiteten, d. h. schon übertragenen Firmen dreht, rührt wohl hauptsächlich daher, dass in den Handelskammern die beati possidentes, die Inhaber alter oder abgeleiteter Firmen, die Herrschaft führten. Möglicher Weise mag in den Handelskammern selbst noch ein Kampf der

Prinzipien stattgefunden haben; die Delegierten der Kommissionsberatungen dagegen waren durchweg schon ausgesuchte Leute und eine Opposition erfolgte fast nur noch von juristischer Seite. Es ist beinahe bemühend, wie gering der geistige Gehalt dieser langen Diskussionen ist, wie wenig Initiative sie beweisen; ein geistig reges Leben, neue Gesichtspunkte oder Vorschläge von irgend welchem Werte zeigen sich kaum in Spuren.[1]) Man klebt ängstlich am Alten, um ja nichts zu riskieren; was sich allenfalls einmischen und die Ruhe stören könnte, wird scheel angesehen und womöglich mit dem unlauteren Wettbewerb, mit dem heutzutage so viel Unfug getrieben wird, zusammengebracht und dadurch verdächtigt. Die Furcht vor der Konkurrenz beherrscht die Diskussion und giebt den immer wieder durchzuhörenden Grundton, man dürfe sich der Nachbarländer wegen keine Beschränkungen auflegen und schädige sich diesen gegenüber durch eine erhöhte Wahrheit im Verkehre. Von der Ehrlichkeit von Treu und Glauben, wie in alten Zeiten, spricht niemand; denn es nähme sich doch schlecht aus, offen hiegegen aufzutreten und könnte nach Aussen Anstoss erregen; aber die Firmenwahrheit, das ist so ein technischer, halbjuristischer Ausdruck, gegen den darf man wohl polemisieren. Derjenigen Länder, die seit vielen Jahrzehnten strengere Gesetzgebungen haben, wird nicht gedacht, von dem französischen Wettbewerb ertönt keine Silbe — den Hintergrund der ganzen Konkurrenzfrage, das Schreckgespenst bildet England, die überseeischen Länder, die Kolonien, wo man der englischen Konkurrenz erliege. Es ist hier nicht der Ort, handelspolitische Fragen eingehender zu erörtern, immerhin aber muss das auffallen und darf vielleicht rasch berührt werden. Deutschland hat seit ca. zwanzig Jahren gegenüber England unstreitig einen grossen Aufschwung genommen, und der Engländer beginnt dessen früher verlachte Rivalität mit Recht zu fürchten. Diesen Sieg hat jedoch Deutschland nicht in den Kolonien

[1]) Selbst die sonst trefflich ausgearbeitete Denkschrift zum Entwurfe des neuen Handelsgesetzbuches ist hievon nicht ganz frei und macht darum stellenweise einen etwas matten Eindruck.

bei den Halb- und Ganzwilden, sondern in Europa errungen. Der Vorwurf der schlechten deutschen Ware ist grösstenteils und mit Recht verschwunden; die Ursachen aber liegen nicht in der grösseren Freiheit der Gesetzgebung, die ja seit fünfzig Jahren dieselbe geblieben ist, nicht in der Ungebundenheit und Willkür, sondern in dem grössern Ernste, der grössern Gewissenhaftigkeit, dem erhöhten Eifer, der vermehrten Energie und Ordnung der Arbeit, also Eigenschaften und Gründen, die eher im Widerspruche, als im Einklang stehen mit Ungebundenheit und Willkür, und dem, was man so oft fälschlicher Weise Freiheit nennt. Seinen Kolonien verdankt Deutschland einstweilen nicht viel mehr, als die Unannehmlichkeiten, in welche es von Zeit zu Zeit der eine oder der andere seiner Kolonialbeamten bringt, was dadurch einigermassen aufgewogen wird, dass die Kolonien eben solche Elemente absorbieren und das Mutterland von ihnen befreien. Fieber und der Missbrauch von Wein und Weib zählen zwar sonst nicht zu den Hilfsmitteln der Kultur; wenn sie aber diese von Auswüchsen und Schädlingen befreien, so dienen sie ihr doch.

Nicht mit dem Nachahmen der englischen Koloniensucht bereitet der Deutsche dem Engländer Sorge, nicht bei der Konkurrenz in den für die überseeischen Länder erzeugten Schundartikeln hat Deutschland seinen Erfolg erreicht, sondern dadurch, dass es dem Engländer in den Tugenden, in der Solidität und der Zuverlässigkeit nacheiferte und ihm darin ebenbürtig wurde.

Davon sprach man in den Verhandlungen über das Firmenrecht freilich nicht, sondern nur von der Freiheit der englischen Gesetzgebung, die Deutschland den Mitbewerb erschwere. All der unsauberen Elementen, die sich in England einnisten und die dortige Freiheit missbrauchen, der zahlreichen Londoner Schwindelfirmen, gedachte man nicht, vielleicht im richtigen Bewusstsein, dass die Schuldigen durchaus nicht immer Engländer sind.

Offener, manchmal fast etwas cynisch, wurde die Frage der Firmenwahrheit in den Verhandlungen über den hollän-

dischen Gesetzesentwurf erörtert, und auffallender Weise war es dort der Minister, also die Regierung, welche gegen dieselbe auftrat in Opposition zu einem bemerkenswerten Teile der kaufmännischen Stimmen, was wohl daher rührt, dass die Kaufleute in dem viel kleineren Holland unter der Unordnung und dem Missbrauch der Freiheit mehr zu leiden haben. Auch hier geht eben letzterer sehr viel von fremdländischen Elementen aus, denen ihr heimatlicher Boden zu heiss wird, und die glauben, in der Fremde sich mehr erlauben zu können. So wird denn auch bestritten, dass die holländischen Schwindelfirmen, vor denen man in anderen Ländern von Staates wegen warnen muss, auf holländische Kaufleute zurückzuführen seien, wie in der That auch die Holländer allenfalls für eigensinnig und phlegmatisch, keineswegs aber für leichtfertig oder gar unehrlich gelten, was übrigens auch für die ihnen mannigfach verwandten Engländer zutrifft. England besitzt denn doch als Korrektiv seiner laxen Gesetzgebung ganz vortreffliche, hochgeachtete, mit einer Autorität und Macht, wie nirgends, ausgestattete Richter, sowie eine musterhafte Polizei, welche unter Umständen mit schädlichen Elementen fremder und einheimischer Natur recht kurzen Prozess machen. Die Milde, der Mangel und die scheinbare Unordnung der Gesetze wird durch eine um so energischere Handhabung ausgeglichen, was man bei Beurteilung und Vergleichung der englischen Verhältnisse gar oft vergisst. Holland ist als kleines Land zwischen grosse Staaten mit strengerem Rechte und mächtiger Polizei eingeklemmt, man kommt auch rascher und unauffälliger über dessen Grenzen, als nach England; kein Wunder also, wenn sich dort die Fremden mehr vordrängen und unangenehmer empfunden werden, als in dem grossen Staate jenseits des Meeres. Wir selbst leiden ja in der Schweiz zum Teil unter ähnlichen Verhältnissen; auch uns wären strengeres Recht und Gericht, sowie eine kräftigere Polizei zum Schutze der einheimischen, soliden Elemente oft von Nöten. Lassen wir das auch bei der uns vorliegenden Frage nicht ganz ausser Acht.

Interessanter als die deutschen, sind die holländischen Verhandlungen darum, weil hier allgemein über die Firmenwahrheit, nicht bloss über die eine Seite derselben, die Uebertragbarkeit, debattiert wurde und wir uns also auf einem ursprünglicheren Boden bewegen. Mag darum ein Teil der holländischen Debatte hier ihren Platz finden:

„Der Minister führt an, dass die Freiheit, eine Firma zu wählen allgemein ist und das Recht einschliesst, den eigenen Namen und Vornamen als Firma zu wählen. Es kann auch ein Kaufmann, welcher allein handelt, den Zusatz & Cie. zu seinem Namen nehmen."

„In den Kammersektionen gab es eine lange Diskussion über das Prinzip der Firmenwahrheit, und das Verbot einen andern, als den eigenen Namen, zu führen. Viele wünschten die Firmenwahrheit im Gesetze ausgedrückt, wie in der Schweiz. Andere wollten nicht so weit gehen und meinten, man könne doch das Benützen von sehr alten, allgemein bekannten Firmen nicht verbieten, ohne unnötiger Weise bestehende Geschäfte stark zu schädigen z. B. „Erben Lukas Bols" etc.; andere schlugen einen Mittelweg vor, zwischen dem schweizerischen System und dem des Entwurfes, sie anerkannten das Interesse, bestehende Firmen weiter zu führen, auch ohne dass die Inhaber den Firmennamen tragen; aber sie sehen den Wert nicht ein, bei Errichtung einer neuen Firma einen andern Namen zu tragen, als den, welchen man sonst trägt. Warum soll das Gesetz erlauben, dass Smid, welcher ein Geschäft errichtet, auftritt als „Smid & Cie." oder „Gebrüder Smid", oder Smid & Jansen", warum soll die Association „Smid & Müller" die Firma Edelhardt & Cie. annehmen dürfen?"

„Der Minister beruft sich auf die Praxis, aber der Zweck des Entwurfes ist gerade, vorkommende Missbräuche abzuschaffen. Man sage nicht, dass die Konsultation des Handelsregisters den wahren Zustand zeigen werde. Denn wenn auch dieses Register gute Dienste leisten kann, so darf doch ein geregeltes Nachschlagen nicht von Jedermann unter allen Umständen erwartet werden. Die Freiheit ist hier nicht am Platz. Der Entwurf bezweckt Ordnung und Regel herbeizuführen, aber diese sind nicht möglich ohne Einschränkung derjenigen Freiheit, welche ehrliche Leute nicht brauchen. Deshalb möchten diese Mitglieder bei Errichtung von neuen Firmen das Prinzip der Firmenwahrheit hochhalten und verweisen als Beispiel auf das Deutsche Handelsgesetzbuch. Hiegegen opponieren wiederum diejenigen, welche den Regierungsentwurf als richtig be-

trachten. In erster Linie wurde auf die Möglichkeit von Unterschleif hingewiesen, man brauche nur für den Schein eine Firma zu errichten und dieselbe sofort wieder aufzulösen, um jemanden das Recht auf die Fortführung derselben zu geben. Zweitens wäre es in vielen Fällen schwer zu entscheiden, was in Uebereinstimmung mit der Wahrheit sei, oder nicht. Gerade in der Schweiz habe man diese Schwierigkeit empfunden. Wenn A. Smid und L. Smid sich associeren, dann entspricht sicher die Firma A. & L. Smid der vollen Wahrheit; aber wird dann auch Smid & Cie. erlaubt sein? Wird, wenn es zehn Brüder Smid giebt und 2 oder 3 derselben sich associeren, in jedem Fall die Firma Gebrüder Smid gewählt werden dürfen? Das heisst, wird es hinreichen, dass die Firma keine Unwahrheiten enthält (relative Firmenwahrheit) oder muss die Firma die Wahrheit genügend kennbar machen (d. h. muss aus ihr allein schon alles wirklich Existierende ersichtlich sein — absolute Firmenwahrheit). Endlich können bei einem neuen Geschäft auch Gründe für eine mit dem Namen des Kaufmanns nicht übereinstimmende Firma vorliegen. Z. B. es eröffnet jemand zwei Geschäfte in der gleichen Branche aber mit verschiedener Qualität der Ware, hier kann ein Interesse für 2 verschiedene Firmen vorliegen, ohne dass dabei ein Betrug im Spiele ist, denn in jedem der Geschäfte werden im Verhältnis zum Preis gute Waren verkauft, oder jemandes Namen ähnelt dem eines berüchtigten Schwindlers so sehr, dass er es für vorsichtiger hält, eine ganz andere Firma zu führen."

„Ferner wurde gefragt, ob z. B. Smid & Müller die Firma „Amsterdamische Effektenbank" führen dürfen, dann würde eine Verwechslung mit einer Aktiengesellschaft leicht möglich sein."

Dieser Bericht kennzeichnet so ziemlich die ganze Situation und erspart uns manche weitere Erörterung. Von der darin erwähnten Schwierigkeit haben wir freilich in der Schweiz wenig bemerkt; zum mindesten ist nichts davon in die Oeffentlichkeit gelangt, und man pflegt doch sonst bei uns mit Beschwerden nicht hinter dem Berg zu halten. Einen drastischeren Ausdruck, als den von der „Freiheit, welche ehrliche Leute nicht brauchen" würde man schwerlich finden. Zweifelsohne giebt es auch viele ehrliche Gründe gegen die Unübertragbarkeit der Firma; denn dass letztere unter Umständen einen bedeutenden Wert besitzt, den man nicht gerne preisgiebt, steht ausser aller Frage; das Wort

geht aber mehr auf die Gegner der anfänglichen Firmenwahrheit, und hier ist es unbedingt am Platze. Wenn einer mir weiss statt schwarz geben will, so sucht er mich zu betrügen, und wenn einer, der Meier heisst, sich Müller schreibt, so beabsichtigt er zu täuschen. Dagegen kommt weder juristischer, noch kaufmännischer Scharfsinn auf, und dagegen giebt es auch keinerlei praktische Bedenken.[1]

Einer kurzen Besprechung bedarf noch der Begriff der absoluten und der relativen Firmenwahrheit.

Bei der Firma, d. h. dem Namen selbst werden wir die absolute Wahrheit aus technischen Gründen nie ganz durchführen können und uns daher mit einer gewissen Relativität begnügen müssen; denn es geht selbstverständlich nicht an, in der Firma die Namen sämtlicher Gesellschafter zu verlangen, sobald dies mehr, als zwei oder drei sind, weil dieselbe sonst allzu unhandlich würde. Bei den Aktiengesellschaften und Genossenschaften, bei denen man sich im Verkehr meistens des Stempels bedient, mag die Länge oder Kürze der Firma ziemlich gleichgültig sein; bei der Kollektivgesellschaft dagegen muss die Firma von Hand gezeichnet werden, daher empfiehlt sich für sie eine möglichste Kürze. Dasselbe gilt von der Kommanditgesellschaft bezüglich der Namen der unbeschränkt haftenden Gesellschafter, desgleichen von der Kommanditaktiengesellschaft, sofern man bei dieser eine Personen- und nicht eine Sachfirma verlangt.

[1] Zu diesem Gesetzesentwurf, der die Firmenwahl mit ganz unbedeutenden Einschränkungen frei giebt, soll ein Ergänzungsparagraph in das Strafgesetz (Art. 435) aufgenommen werden, wie folgt: „Derjenige, welcher in einer Schrift in Sachen seines Handels, Geschäftes oder Gewerbes widerrechtlich einen Namen oder Vornamen führt, der nicht in Uebereinstimmung ist mit seinem Geburtsakt oder mit demjenigen, den er kraft seiner Eintragung ins Handelsregister führt, ... Nicht strafbar ist die Frau, die den Namen des Mannes trägt, dessen Gattin oder Witwe sie ist, oder demselben den ihrigen hinzufügt.“ Da im holländischen Entwurfe eine Firma als solche nur anerkannt wird, wenn sie im Handelsregister eingetragen ist (vgl. hievor Seite 587), so gewinnt die Sache ein etwas anderes Gesicht; wer jedoch unverfroren genug ist, sich mit einem ihm nicht gehörenden Namen ins Handelsregister eintragen zu lassen, der geniesst neben der obgenannten Freiheit auch noch des gesetzlichen Schutzes.

Wir werden daher unter allen Umständen zu einem eine Gesellschaft andeutenden Zusatze & Cie., & Cons. genötigt sein. (Weiteres über diese Zusätze siehe bei dem Abschnitt über die Kollektivgesellschaft.) Natürlich verwischt sich dadurch der Unterschied von der Kommanditgesellschaft; denn der Firma Müller & Cie. kann mit dem besten Willen kein Mensch ansehen, ob sie eine Kollektiv- oder eine Kommanditgesellschaft bezeichnet. Deswegen aber das Prinzip der Firmenwahrheit verwerfen zu wollen, wie dies deren Gegner beantragen, hiesse das Kind mit dem Bade ausschütten.

Lässt man bei Aktiengesellschaft, Genossenschaft und Verein, also bei der sogenannten anonymen Firma wirklich nur anonyme Bezeichnungen d. h. Sach- oder Phantasiefirmen zu, so werden wir dieselben stets von den drei Arten der perpersönlichen Firmen (Einzelfirma, Kollektiv- und Kommanditfirmen) unterscheiden und also der absoluten Firmenwahrheit treu bleiben können, innerhalb der drei anonymen Gebilde aber uns wiederum mit der relativen Wahrheit zufrieden geben müssen.

Da man mit dem System der Firmenübertragung schliesslich dazu kommt, dass die Mehrzahl sämtlicher Firmen mit der Wahrheit im Widerspruch steht, man das aber doch nicht gerne zugiebt, so hat man sich in Deutschland hinter die relative Firmenwahrheit verschanzt und zur Ausgleichung eine Anzahl Auskunftsmittel vorgeschlagen. So sollten nach den ersten Entwürfen alle Gesellschaftsfirmen einen Zusatz aufnehmen, der ihren Charakter mit dem technischen Worte bezeichnete, später wurde dies für die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft wieder fallen gelassen, so dass sich laut dem letzten Entwurfe nur noch die Kommanditaktiengesellschaft und die Aktiengesellschaft in der Firma als solche zu nennen haben, was für die Genossenschaft durch Spezialgesetz schon früher vorgesehen wurde.[1])

Wenn dieses Mittel vollständig und überall durchgeführt würde, so wäre es allerdings von untrüglicher Sicherheit

[1]) Spanien und Portugal (Seite 578), sowie Schweden (Seite 585/6) haben dies auch für die Kommanditgesellschaft vorgeschrieben.

und könnte uns einen Teil der sonstigen Firmenvorschriften ersparen; es besitzt nur den Uebelstand, dass es die Firmennamen ungebührlich verlängert und deshalb für die geschriebenen Firmen sehr unangenehm würde. Man müsste daher eine abgekürzte Form wählen, dann aber auch, was wohl das Schwierigste wäre, dafür sorgen, dass diese Zusätze im Verkehr wirklich in deutlich erkennbarer Weise gezeichnet würden. In Anbetracht dieser Schwierigkeiten ist man von dieser Aushilfe, die übrigens durchaus keine deutsche Erfindung und schon ziemlich alten Datums ist, fast des Gänzlichen wieder abgekommen.

Uebrigens würde hiedurch nur den Verwechslungen innerhalb der beiden Kategorien von Firmen selbst, d. h. innerhalb der mit Namen gebildeten und innerhalb der anonymen Firmen vorgebeugt und allenfalls noch die missbräuchliche Verwendung von Personennamen in anonymen Firmen einigermassen paralysiert. Das Firmenrecht als solches, die Grundsätze über die Bildung der Firmen, werden dadurch nicht beeinflusst; denn das Mittel hat nicht nur bei der Freiheit der Firmenwahl einen Zweck, sondern auch bei der Firmenwahrheit, wie sie unser O. R. vorschreibt, nur dass es bei ersterer fast unentbehrlich ist. — Ueberflüssig würde es erst dann, wenn man für jede Firma eine Form fände, die, ihr allein eigentümlich, sie sicher von jeder andern Gattung unterschiede. Für unser schweizerisches Firmenrecht wäre dies nicht so schwer, vorausgesetzt, dass sich die Praxis nicht, wie heute, erlaubte, das Gesetz zu umgehen. Nehmen wir zur Unterscheidung der anonymen Firmen, welche aber dann auch wirklich solche sein müssen, den entsprechenden Zusatz A. G., Genoss. und Verein, die übrigens ja oft in der Firma selbst schon enthalten sind, nach deutschem Muster an, so müssen wir nur noch die Kollektiv- von der Kommanditgesellschaft trennen, was leicht geschehen kann, indem wir bei der Kollektivgesellschaft nach bisherigem Rechte den die Gesellschaft andeutenden Zusatz frei wählen lassen, bei der Kommanditgesellschaft aber denselben auf & Kommand. oder & Komm. beschränken. Müller & Kommand. (Müller &

Komm.) oder Müller, Meier & Komm. können dann nie etwas anderes, als Kommanditgesellschaften sein.

Ein zweites, wenn richtig angewandt, absolut sicheres Mittel haben Frankfurt a/M. und andere deutsche Städte schon seit einiger Zeit mit Erfolg angewandt, indem sie die Inhaber offener Geschäfte durch Polizeiverordnung unter Strafandrohung verpflichteten, ihren Namen oder ihre eingetragene Firma, sowie deren Inhaber in einer von der Strasse aus für jedermann deutlich lesbaren Schrift anzubringen. Während nun einerseits solche Verordnungen, als über die Schranken der Vorschriften des Handelsgesetzbuches hinausgehend, bezüglich ihrer Rechtsbeständigkeit angezweifelt worden sind, will man doch anderseits auch den Irrtümern oder gar Täuschungen über die Person des Inhabers eines unter alter, fremder Firma unverändert fortgeführten Geschäftes vorbeugen und desgleichen auch die nur relative Wahrheit vieler Firmen ergänzen. Es soll daher die Verpflichtung zur namentlichen Bezeichnung der Geschäftsinhaber durch entsprechende Ergänzung der Gewerbeordnung reichsgesetzlich geregelt und unanfechtbar auf alle Kaufleute, sowie Gewerbetreibende, welche einen offenen Laden führen, also auch auf firmenberechtigte Kaufleute, ausgedehnt werden. Letztere will man, wie es heisst, künftig verpflichten, auf dem Ladenschild neben ihrer Firma noch ihren persönlichen Namen — bei Frauen ausser dem Geschlechtsnamen auch mindestens einen ausgeschriebenen Vornamen — anzubringen. Wird ein Ladengeschäft durch eine Handelsgesellschaft betrieben, so sollen die Namen der persönlich haftenden Gesellschafter in der Aufschrift angegeben werden. Wenn jedoch eine erhebliche Zahl derartiger Gesellschaftsteilnehmer vorhanden ist, so wird die Angabe der Namen zweier Gesellschafter mit einem das Vorhandensein weiterer Beteiligter andeutenden Zusatze im Allgemeinen für genügend erachtet.

Hiedurch werden aber nur die Ladengeschäfte betroffen, bei denen doch, da meist Zug um Zug verkehrt wird, die Person des Inhabers am wenigsten in Betracht fällt. Warum wird die Vorschrift nicht auf alle Geschäfte, deren Firma

nicht schon an sich den Inhaber kundthut, (was man allerdings in Deutschland nie sicher wissen kann, da man der Firma ja nicht ansieht, ob sie neu oder alt ist) ausgedehnt? Schwierig wäre dies nicht, man brauchte nur vorzuschreiben, dass auf allen Briefköpfen, Zirkularen, Fakturen etc., wo die Firma auftritt, auch zugleich deren Zusammensetzung angegeben werde; ja man könnte sogar soweit gehen, dass alle Papiere, deren sich das Geschäft bedient, bis hinab zum Einwicklungspapier, neben der Firma deren Teilhaber angeben müssten. Hierin läge weder eine Ungerechtigkeit, noch eine erhebliche Erschwerung, höchstens die Aenderungen im Personalbestande würden unter Umständen etwas Mehrkosten verursachen.

Aber dann sollte die Vorschrift konsequent durchgeführt werden und alle Firmen in gleicher Weise treffen; demnach wären anzugeben:

bei der Kollektivgesellschaft: die Namen sämtlicher Teilhaber;

bei der Kommanditgesellschaft: die Namen der Komplementäre, der Kommanditäre und die Kommanditsumme, oder doch mindestens die Kommanditsumme als Ganzes;

bei der Kommanditaktiengesellschaft: die Namen der unbeschränkt haftenden Gesellschafter und das Aktienkapital;

bei der Aktiengesellschaft: die Bezeichnung als solche und das Aktienkapital, event. soweit es einbezahlt ist;

bei den Genossenschaften: der Zusatz Genossenschaft mit persönlicher Haftpflicht, mit beschränkter Haftpflicht oder ohne persönliche Haftpflicht, eventuell, sofern solches vorhanden, das Garantiekapital.

Im Grunde genommen kann sich niemand mit Recht gegen eine derartige Massregel auflehnen; denn will man eine wirkliche Ehrlichkeit und Oeffentlichkeit, so muss man jedes Mittel gut heissen, das diese fördert, und gut ist das Mittel unbedingt. Die Mehrkosten, welche allfällige spätere Aenderungen verursachen, indem dieselben auf bereits gedruckten Zirkularen, Briefköpfen etc. nachgeführt werden oder gar neue Zirkulare etc. angeschafft werden müssen, kommen gegen-

über der dadurch erzielten Sicherheit des Verkehrs gar nicht in Betracht. Ist die Massregel einmal eingefürt, so werden sich die Interessenten wohl auch mit derselben abzufinden wissen.

Wir erhielten auf diesem Wege zwar keine Firmenwahrheit; aber der Mangel derselben würde auf so unzweifelhafte und nachdrückliche Weise ausgeglichen, dass man eigentlich sich schämen müsste, zu begreifen, wie jemand dagegen sein könne. Trotzdem wird es sogar dem beschränkten deutschen Vorschlage sicher nicht an Gegnern fehlen, und selbst wenn er durchgehen sollte, so bleibt er gewiss auf die Ladengeschäfte, vermutlich auch da nur auf die kleinern, beschränkt. Träte er jedoch in seinem ganzen Umfange ins Leben, so erhielten wir eine Publicität wie nie zuvor, ja das Handelsregister würde beinahe überflüssig; zum mindesten würde der Uebelstand gehoben, dass heute trotz aller Oeffentlichkeit das Handelsregister doch nicht immer und nicht jedem zugänglich ist und in Wirklichkeit nicht viel benutzt wird.

Das Prinzip der Firmenwahrheit erstreckt sich nun aber nach heutigem Begriff nicht bloss auf die Firma als solche, den Namen, sondern auf den ganzen Eintrag überhaupt. Sie kommt in erster Linie noch in Betracht bei den Zusätzen, die gleichfalls nichts Unwahres enthalten sollen, worauf besonders bei den der Geschäftsbranche entnommenen zu sehen ist. Hierüber dann in einem besondern Abschnitte.

Endlich soll auch die Angabe des Geschäftszweiges, die Natur des Geschäftes mit der Wahrheit übereinstimmen. (Bezüglich der Eintragspflicht siehe hievor S. 611 ff.)

In diesem Sinne hat sich der Bundesrat im Rekursentscheid vom 25. Mai 1886 (S. H. A. B. vom 29. Mai 1886 S. 375, Handbuch S. 77) anlässlich der Bezeichnung als öffentliches Lagerhaus, die eine Firma als ihren Geschäftszweig angegeben hatte, bereits geäussert:

„Es versteht sich von selbst, dass nur solche Angaben eingetragen werden dürfen, welche der Wirklichkeit entsprechen, und dass die Eintragung notorisch unrichtiger Thatsachen ver-

weigert werden muss, da sonst das Handelsregister seinen Wert verlieren würde. Es steht daher der Aufsichtsbehörde auch das Recht zu, solche Eintragungen, welche sich nachträglich als unwahr erweisen sollten, aus dem Handelsregister wieder streichen zu lassen."

„Aus den Akten ergiebt sich nun, dass dem Geschäfte der Rekurrenten jeder öffentliche Charakter fehlt, und dass dasselbe unter keinen Umständen ein dem allgemeinen Verkehr dienendes „öffentliches" Lagerhaus repräsentiert; es handelt sich vielmehr nur um die dem Privatgebrauche der rekurrierenden Firma dienenden Lager, wie sie jedweder Kaufmann in grösserer oder kleinerer Ausdehnung besitzt, also um ein gewöhnliches Privatgeschäft. Die Bezeichnung „öffentliches" Lagerhaus wäre daher schon aus diesem Grunde unzulässig."

„Nun geht aus den Akten noch ferner hervor, dass die Bezeichnung als „Lagerhaus" der Natur des Geschäftes der Rekurrenten überhaupt durchaus nicht entspricht, indem von denselben lediglich eine Weinhandlung auf eigene Rechnung und in Kommission betrieben wird."

„Die Streichung der Bezeichnung der Geschäftsbranche als „öffentliches Lagerhaus" ist daher gerechtfertigt."

Da in diesem Entscheide alles Erwähnenswerte gesagt ist, so enthebt er uns einer weitern Erörterung.

Die einen der wichtigsten Teile der Firmenwahrheit ausmachende Frage der Uebertragbarkeit bestehender Firmen werden wir später in einem besonderen Abschnitte behandeln.

Und nun noch die Frage der Revision. Die Firmenwahrheit war bei uns durchaus nicht von Anbeginn an etwas Selbstverständliches. Wir haben schon früher bei den historischen Bemerkungen gesehen, wie hierüber bereits vor 200 Jahren die Ansichten auseinandergingen. Auch in den auf den Beginn der Sechziger Jahre zurückweisenden Vorarbeiten zum heutigen Obligationenrecht hat man manche Wandlung durchgemacht. Munzinger erklärte sich in seinem Entwurf eines Schweizerischen Handelsrechtes vom Jahre 1864 als überzeugter Anhänger der unumschränkten Freiheit, indem er in seinen Motiven S. 39 schrieb:

„Wir stimmen dieser Ansicht (einiger deutscher Rechtslehrer, die sich gegen die doch immer noch beschränkte Firmenwahrheit des Deutschen Handelsgesetzbuches erhoben hatten) in

dem Sinne bei, dass wir uns gegen alle präventiven, reglementierenden Bestimmungen des Gesetzes erklären. Wir halten dafür, dass es durchaus nicht Sache des Gesetzes ist, dem Kaufmann von vorneherein vorzuschreiben, wie seine Firma beschaffen sein muss. Eine jede Beschränkung der freien Handlungsweise, die nicht einen reellen Gewinn für den Kredit, für die Sicherheit im Verkehre bringt, wird von dem Kaufmann als unnütze Plackerei empfunden, und hier ist es nun klar, dass mit jenen Schranken des deutschen Gesetzes sehr wenig gewonnen ist. Dieselben erzeugen den Schein, als ob aus der Firma ein sicherer Schluss auf die Person des Geschäftsinhabers zu ziehen sei. Nun wäre aber gerade dieser Schluss unrichtig. Denn nach Art. 22 kann eine Firma auch ererbt und selbst durch Vertrag erworben werden und diese ererbten oder gekauften Firmen können sogar leicht die Mehrzahl bilden. Ferner kann die Firma einer Kollektivgesellschaft, die aus 5 Gliedern besteht den Namen auch nur Eines Gesellschafters, vielleicht und sogar wahrscheinlicher Weise gerade des Vertrauenswürdigsten enthalten. Was hat nun das Publikum damit gewonnen? Wo die Hebung des Kredites durch Publizität in Frage liegt, darf es nur eine Regel und nicht auch Ausnahmen geben; sonst ist jene Publizität geradezu eine trügerische. Und wenn wir selbst die Nützlichkeit jener Bestimmungen zugeben würden, so fehlt doch eine feste Sanktion derselben; denn eine solche ist die Androhung von Ordnungsbussen am wenigsten."

„In diesem Sinne hat der schweizerische Entwurf die Bestimmungen über die Zusammensetzung der Firma beim Einzelkaufmann und in der Regel auch bei der Handlungsgesellschaft ohne Zögern über Bord geworfen und vertraut auch hier mit Recht der unbedingten Oeffentlichkeit durch das Handelsregister. Durch sie ist die Gefahr, welche in der Freiheit der Firmawahl erblickt werden könnte, beseitigt. In jedem Moment giebt das Handelsregister sichere Auskunft darüber, wer hinter der vielleicht täuschend gewählten Firma steckt."

Das System der Firmenfreiheit ist im Wesentlichen auch in den Entwürfen für ein Obligationenrecht von 1871, 1875 und 1877 festgehalten worden.[1]) Innerhalb 3—4 Jahren hat sich dann die Wendung vollzogen, man schritt über die Mittelstufe einer beschränkten Firmenwahrheit, wie sie das Zürcher Recht und nach ihm das Deutsche Handelsgesetzbuch angenommen hatten, hinweg zur vollen Firmenwahrheit des fran-

[1]) Botschaft vom 27. November 1879, S. 81.

zösischen Rechtes und nahm auch noch die Einzelfirma in den Kreis auf.

Mit seiner Polemik gegen das deutsche System hat Munzinger vollkommen Recht, es schadet, mehr als es nützt. Prinzipiell richtig ist nur entweder volle Firmenwahrheit oder volle Freiheit: dann weiss wenigstens jeder, woran er sich zu halten hat. Zu letzterer gehört aber, sofern man überhaupt Firmen anerkennen und schützen und nicht alles dem Richter und der concurrence déloyale überlassen will, ein genaues Handelsregister mit dem Grundsatze, dass nur die eingetragene Firma als solche gelte, und mit dem unbeschränkten Recht der Priorität für die eingetragene Firma, sowie ein streng gehandhabtes Verbot des Missbrauchs einer solchen. Das Handelsregister böte damit eine Art von unanfechtbarem Civilstand für die Firmen.

Munzinger betrachtete sein System als einen Fortschritt zur Freiheit, die Gesetzgeber von 1882 das ihre als einen solchen zur Ordnung; denn Rückschrittler will doch keiner sein. Was ist nun Fortschritt, Freiheit oder Ordnung? Darüber gehen bekanntlich die Ansichten sehr auseinander. Den Uebergang vom Hirtenleben zur bäuerlichen Niederlassung und von dieser zum Städtebau betrachtete man als Fortschritt, heute möchten manche Volkswirtschafter die Städte am liebsten wieder vernichten. Jubelnd schaffte man vor einigen Jahrzehnten die Todesstrafe ab und hielt das für einen Fortschritt des Humanismus, wenige Jahre darauf führten sie viele Kantone wieder ein. Mit grosser Anstrengung wurden s. Z. die Fesseln des Zunftzwanges gesprengt, heute versucht man denselben unter einem andern Namen wieder einzuschmuggeln. — Zweifellos war die Ungebundenheit und in diesem Sinne die Freiheit das Ursprüngliche, die Gebundenheit, die Ordnung das Spätere, beide besitzen ihr Gutes, beide ihre Excesse; die wahre Freiheit liegt in einer gleichen und gleichmässig gehandhabten Ordnung für Alle. So auch hier; denn die Ordnung sichert den Verkehr, verhindert die Täuschung und gleicht die Kräfte aus. Warum soll man auf geistigem Gebiet den Krieg Aller gegen Alle befürworten, den man sonst verwirft.

oder hält man es für weniger schädlich und moralischer, jemand durch Betrug, Täuschung und Arglist wirtschaftlich zu Grunde zu richten, als ihn geradenwegs umzubringen? Mancher zöge das Letztere vor, und ist nachher gezwungen, dies selbst zu besorgen.

Munzinger hat es ja unbedingt und aufrichtig gut gemeint mit seinem System der Freiheit, wir aber glauben, dass das öffentliche Interesse der Ehrlichkeit und Sicherheit des Verkehrs die Firmenwahrheit verlangt entgegen den Sonderinteressen der Kaufleute. — Zu einer Abschaffung oder Beschränkung unseres mühsam erlangten Prinzipes der Firmenwahrheit können wir uns daher nicht bekennen und verwerfen von vornherein jeden Gedanken an eine derartige Revision.

Die Einzelfirma.*)

O. 867 lautet: „Wer ein Geschäft ohne Beteiligung eines Kollektivgesellschafters oder Kommanditärs betreibt, darf nur seinen Familiennamen (bürgerlichen Namen) mit oder ohne Vornamen als Firma führen.“

„Er darf der Firma keinen Zusatz beifügen, welcher ein Gesellschaftsverhältnis andeutet. Dagegen sind andere Zusätze gestattet, welche zu einer nähern Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen.“

*) Bei Behandlung der Praxis, wie sie sich aus den Publikationen des Schweizerischen Handelsamtsblattes und aus den Rekursentscheiden, Kreisschreiben und sonstigen Erlassen des Bundesrates bezüglich der Einzel- und Gesellschaftsfirmen ergiebt, glaube ich mich in den nachfolgenden Abschnitten etwas kürzer fassen zu dürfen, als dies eigentlich die Wichtigkeit der Sache erforderte. Eine ausführliche Besprechung derselben findet sich in meinem Aufsatze: „Die Entwicklung des Schweizerischen Firmenrechtes seit der Einführung des Obligationenrechtes“ in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Jahrgang 1895. Neue Folge. Band XIV. Seiten 337—385, welchen ich daher gelegentlich zu zitieren mir gestatten werde, um nicht mich selbst wiederholen zu müssen. Ausführlich werde ich, abgesehen von den zwei wichtigsten Rekursentscheiden, nur bringen, was sich seit Frühjahr 1895, auf welche Zeit jene Abhandlung abschloss, ereignet hat. Manche der hier nur kurz erledigten Punkte finden sich auch im Handbuche für die schweizerischen Handelsregisterführer des eingehenderen erörtert.

Man sollte meinen, dass dieser Wortlaut zu keinen Zweifeln Anlass geben könnte; dennoch hat er es zu verschiedenen Malen gethan nnd sogar bei der obersten Rekursinstanz eine nicht ganz unzweifelhafte Auslegung gefunden. Es betrifft dies den Fall „Chr. Krüsi's Witwe“ (Rekursentscheid vom 9. Juli 1886. S. H. A. B. vom 9. April 1887, Nr. 36 S. 279 [1]), in welchem der Frau Friederike Krüsi, geb. Wenger, Witwe des Christian Krüsi, die Führung dieser Firma gestattet wurde entgegen dem Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörde, die hierin nur einen gemäss O. 867 Abs. 2 gestatteten Zusatz, nicht aber eine O. 867 Abs. 1 entsprechende selbständige Firma sah. Der Bundesrat motivierte seinen Entscheid damit, dass, so lange sich Petentin nicht wieder verheirate, der Name Krüsi ihr zustehe. Derselbe sei gemäss O. 867, 1 in der Firma enthalten, Chr.'s und Witwe qualifizierten sich nur als gemäss O. 867, 2 erlaubten Zusatz zur nähern Bezeichnung der Person.

Gegen diesen Entscheid lassen sich, besonders gegen die Motivierung schwere Bedenken erheben; denn damit liesse sich gerade so gut für die Frau der volle Name des Mannes begründen. Lässt man von der bisherigen Firma die „Witwe,“ sowie das apostrophierte s nach Krüsi weg, wozu das formelle Recht wohl nicht kann bestritten werden, dann bleibt Chr. Krüsi und damit die reine Firma des Mannes. In gleicher Weise liesse sich auch Chr. Krüsi's Sohn und sämtliche übrige Verwandtschaftsgrade begründen, und warum nicht Chr. Krüsi's Nachfolger, sofern dieser auch Krüsi heisst?

Eine Unterstützung findet der Entscheid im französischen Sprachgebrauch, welcher der Frau, sowie der Witwe die Führung des Vornamens des Mannes gestattet. Auch im deutschen Sprachgebiet ist man übrigens bereits in dieser Weise vorgegangen, so findet sich im S. H. A. B. vom 3. Juli 1895 Nr. 145 S. 611 eine Firma Witwe B. Fritz in Bätterkinden (Bern), deren Inhaberin Frau Lisette Fritz, geb. Althaus, Benedichts (!) sel. Witwe, ist.

[1]) Vgl. Handbuch, Seite 200, Zeitschrift N. F. XIV, S. 347 ff.

Seit obigem Rekurse sind die nach diesem Muster gebildeten Frauenfirmen so zahlreich geworden, dass wir sie wohl nicht mehr ohne Unbilligkeit verdrängen können und daher besser daran thun, bei einer allfälligen Revision des Gesetzes zu ihren Gunsten eine Spezialbestimmung aufzunehmen.

Es wäre dies nichts Besonderes; denn mehrere Gesetzgebungen sind hiemit schon vorangegangen, so Griechenland und Schweden, welch letzteres dem überlebenden Ehegatten, gleichviel ob Mann oder Frau, erlaubt, die Firma des verstorbenen unverändert beizubehalten, wobei freilich nicht zu vergessen ist, dass es überhaupt eine beschränkte Uebertragung der Firmen zulässt. — Holland verlangt in seinem Entwurfe bei einer verheirateten Inhaberin im Eintrag die Angabe des Namens, Vornamens und Wohnortes des Mannes, sowie die Zustimmung desselben oder einen diese ergänzenden Gerichtsbeschluss.

Hieraus liesse sich für uns einiges entnehmen. Der Name des Mannes gehört eigentlich zur Identität der Frau, da sie einmal dessen Namen trägt, und sich ihre Kreditfähigkeit in den meisten Fällen wesentlich nach derjenigen des Mannes beurteilt. Auch die Angabe des Wohnortes wird von Bedeutung, sobald die Ehegatten getrennt wohnen. Sodann glänzt O. 35 nicht gerade durch Vollkommenheit. Die stillschweigende Einwilligung des Ehemannes sollte wenigstens für die eingetragenen Firmen wegfallen, und der Handelsregisterführer sich unter keinen Umständen mit einer solchen zufrieden geben, sondern unbedingt eine schriftlich erteilte Zustimmung verlangen. Bei Weigerung hätte das Gericht zu sprechen und eventuell die Unterschrift des Mannes zu ergänzen. Und wie, wenn der Mann seine Zustimmung widerruft, muss dann gestrichen werden? Von Amtes wegen oder erst auf einen Spruch des Gerichtes hin? Oder kann der Mann die Firma der Frau von sich aus löschen lassen? Und wie, wenn die Ehefrau nach kantonalem Rechte bevormundet ist, z. B. Fallitenfrauen? Hat endlich bei Gütertrennung der Ehemann seine Zustimmung auch zu geben? Eine gewisse Berechtigung kann dem Begehren nicht abgesprochen

werden, obgleich der Mann bei Gütertrennung für die Schulden der Frau nicht haftet; denn es kann demselben als Eheherrn nicht gleichgültig sein, ob seine Frau ein Handelsgeschäft betreibt, oder ob sie sich mit der Haushaltung und der Kindererziehung abgiebt. Mancher würde überhaupt aus sonstigen persönlichen Gründen keine Handelsfrau wollen; sodann läuft, wenn auch nicht das Vermögen des Mannes, so doch die Anwartschaft der Kinder Gefahr, und deren Rechte hat der Vater, also der Mann, zu wahren. Endlich kann dadurch die Beitragspflicht der Frau zu den Kosten der Haushaltung geschädigt oder ganz illusorisch gemacht werden. Genug Gründe, um gelegentlich einer Revision die Fragen durch eine entsprechende Verfügung zu regeln.

In Deutschland hat im Jahre 1891 der Verband der Vereine für Kreditreform, dem damals ca. 25,000 Kaufleute und Gewerbetreibende angehörten, eine Petition an den deutschen Reichstag gerichtet, in welcher gebeten war, dem Handelsgesetzbuch den folgenden Artikel beizufügen:

„Sind Ehefrauen alleinige Inhaberinnen des Geschäftes, so muss dies aus der Firma hervorgehen, sei es durch Ausschreiben mindestens eines Vornamens, sei es durch einen die Inhaberin kennzeichnenden Beisatz.“

Begründet wurde dieser Antrag mit dem Hinweis auf die Firmen von Fallitenfrauen, indem letztere unter einer ihr Geschlecht nicht verratenden Form das Geschäft des abgewirtschafteten Mannes nach wie vor fortführten und in der Regel nur den Namen hergäben, während der Mann der der eigentliche Leiter sei; Klagen die für uns natürlich ganz gleich zutreffen, wie für Deutschland.

Hervorragende Handelskammern unterstützten den Antrag und erweiterten denselben auf alle Frauen.

„Wenn Frauen ohne einen Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter ein Handelsgeschäft betreiben, so dürfen sie — den Fall der Erwerbung des Geschäftes durch Erbgang ausgenommen — nur ihren Familiennamen mit mindestens einem Vornamen oder einem das Geschlecht der Inhaberin kennzeichnenden Zusatz als Firma führen.“

In den Entwurf des Handelsgesetzbuches wurde nun zwar ein solcher Zusatz nicht eingefügt, doch soll bei Erlass der schon früher erwähnten Gewerbeordnung darauf Rücksicht genommen und die von Frauen betriebenen Ladengeschäfte in der beantragten Weise gekennzeichnet werden, worüber sich die Denkschrift auf S. 35 folgendermassen äussert:

> Gehört das Geschäft einer Frau, so ist in der Aufschrift[1]) ausser dem Zunamen der Frau auch mindestens ein ausgeschriebener Vorname derselben anzugeben, sofern nicht ein solcher gleichfalls schon in der Firma enthalten ist. Es entspricht einem gerade in Handelskreisen vielfach geäusserten Wunsche, dass bei den von Frauen geführten Geschäften das wirkliche Sachverhältnis nach aussen hin klar hervortrete. Der jetzige Rechtszustand führt, namentlich wenn es sich um verheiratete Frauen handelt, zu erheblichen Misständen; dritte Personen können, zumal wenn der Ehemann selbst in dem Ladengeschäfte thätig ist, einem Irrtum über die Person des Geschäftsinhabers kaum entgehen. In zahlreichen Fällen ist eine solche Täuschung geradezu beabsichtigt. Wenn die Vermögensverhältnisse des Mannes zerrüttet sind, wird der Form nach das Geschäft auf die Frau übertragen, während der Mann als Bevollmächtigter der neuen Inhaberin dasselbe thatsächlich in der alten Weise fortführt, ohne dass eine derartige zur Benachteiligung der Kreditgeber vorgenommene Schiebung nach aussen erkennbar würde.[2])

Weshalb man übrigens nur für Frauen, die alleinige Inhaberinnen von Geschäften sind, besondere Massregeln trifft, ist nicht abzusehen, obschon sie natürlich die meisten und die am ehesten zu Klagen Anlass gebenden Fälle liefern; bei Frauen, die Teilhaber von Gesellschaften sind, wären nähere Angaben, z. B. des Mannes und, wie es bei uns wenigstens teilweise geschieht, des ehelichen Güterrechtes gewiss ganz am Platze, da bei ihnen die Kreditwürdigkeit nicht minder wichtig ist.

---

[1]) Also nicht in der im Handelsregister eingetragenen Firma, sondern in der Aufschrift am Laden oder auf dem Geschäftsschilde.

[2]) Gegenüber der immer wieder in den Vordergrund gestellten Ehefrau ist zu betonen, dass sich die Vorschrift auf alle Handelsfrauen also auch auf Jungfrauen und Witwen und geschiedene Frauen erstreckt.

Ausser im Falle Chr. Krüsi's Witwe hatte sich der Bundesrat bisher nur einmal mit einer Frauenfirma zu beschäftigen. Der Frau Amalie Spiess in Luzern, im Handelsregister bisher unter der Firma Frau A. Spiess Magasin Anglais eingetragen, war von den kantonalen Behörden verweigert worden, die Bezeichnung „Frau" aus der Firma zu eliminieren, beziehungsweise künftig „A. Spiess" ohne den Zusatz „Frau" zeichnen zu dürfen. Die luzernische Registerbehörde stützte sich dabei auf Art. 17 Abs. 3 des luzernischen Gesetzes über die eheliche Vormundschaft vom 25. November 1880, welcher vorschreibt:

„Die Ehefrau, welche ein Handelsgeschäft auf eigene Rechnung betreibt, hat sich in das Firmenregister einzutragen und in der Firma stets die volle Bezeichnung „Frau" zu führen."

In Gutheissung des von Frau Spiess erhobenen Rekurses erklärte der Bundesrat die Ansicht der Luzerner Behörden als unhaltbar und die citierte Bestimmung des Gesetzes über die eheliche Vormundschaft als dahingefallen. In den Motiven wurde bemerkt:

„Das Obligationenrecht enthält keine Bestimmung, wonach eine handeltreibende Ehefrau genötigt wäre, in ihrer Firma die Bezeichnung „Frau" zu führen. Einen entsprechenden Zusatz zur Firma erlaubt es bloss; einen Unterschied zwischen dem männlichen Inhaber einer Firma und einer Handelsfrau macht es nicht." (Rekursentscheid vom 13. Oktober 1893, S. H. A. B. vom 17. März 1894, Seite 259. Zeitschrift N. F. XIV, Seiten 353/4.)

Diese Stellungnahme gegen die Handelsfrauen, wie wir sie anderwärts sehen, bietet kaum ein schönes Schauspiel und wirft ein eigentümliches Licht auf die Herren Kaufleute, die sich in Deutschland so sehr für ihre abgeleiteten Firmen wehren und den paar Handelsfrauen ihre knappe Existenz noch nach Kräften erschweren möchten. Es handelt sich dabei immer um kleine Geschäfte, die für die Herren der Handelskammern kaum in Betracht fallen. Hier soll nun die Firmenwahrheit, von der sie für sich möglichst wenig wissen wollen, plötzlich mit einer überflüssigen Strenge durchgeführt werden. Wir haben wohl keinen Grund, das Beispiel

nachzuahmen. Im deutschen Systeme scheinen derartige Massregeln umso auffälliger, als sie ja jederzeit leicht umgangen werden können, indem der Mann zuerst sich selbst einschreiben lässt und dann nach einiger Zeit seine Firma auf die Frau überträgt.

Im ersten deutschen Entwurfe war das Aussetzen eines vollen Vornamens ebenfalls für Minderjährige vorgeschrieben. Zu welchem Zwecke ist schwer zu erraten, während es allerdings von Wert ist, deren Qualität im Handelsregister anzugeben und zu publizieren, was sich aber in der Firma selbst nicht wohl thun lässt.

Wichtiger für die Bildung der Einzelfirma ist der Rekursentscheid Schmoll-Dreyfus fils, welche Firma Edmund Schmoll, Sohn des verstorbenen Salomon Schmoll-Dreyfus, wollte eintragen lassen, wobei er sich auf die leider unbestreitbare Thatsache stützte, dass Firmen wie A. R. von Plantas Erben, J. Sennhausers Erben; Hoirs d'Emile Robadey, Ferd. Lendis Erben ebenfalls seien eingetragen und publiziert worden, und des fernern auch den Fall Chr. Krüsi's Witwe für sich anführte. Der Bundesrat wies den Rekurrenten mit folgender Begründung ab:

> Der bürgerliche Name des Rekurrenten Edmond Schmoll ist unbestrittenermassen nicht Schmoll-Dreyfus. Der Rekurrent darf demgemäss den Namen Schmoll-Dreyfus auch nicht als Firma führen.
>
> Es ist selbstverständlich, dass gegen die klare, gesetzliche Bestimmung weder Pietätsgründe, noch Gründe geschäftlicher Natur aufzukommen vermögen. Die Wünsche und Bedenken, welche der Rekurrent in dieser Beziehung vorbringt, können nicht in Betracht fallen, da das schweizerische Gesetz im öffentlichen Interesse, entgegen der Gesetzgebung anderer Länder, keine Uebertragung von Firmen zulässt.
>
> Die vom Rekurrenten angerufenen analogen Fälle sind nicht zutreffend. Die vier erstangeführten beziehen sich auf Kollektivgesellschaften und müssen schon deshalb hier ausser Betracht fallen.
>
> Allein auch die Gestattung der Firma „Chr. Krüsi's Witwe" kann die Anschauung des Rekurrenten nicht stützen. Jene Firma wurde als zulässig erklärt, weil sie den wahren Familiennamen der Petentin enthielt, und über die Person der Inhaberin kein

Zweifel möglich war. Diese Erwägungen treffen im vorliegenden Falle um so weniger zu, als der Rekurrent keineswegs der einzige Sohn des verstorbenen Herrn Schmoll allié Dreyfus ist, sondern nur der eine von fünf Söhnen. (Rekursentscheid vom 12. Februar 1890, S. H. A. B. vom 15. Februar 1890, Seite 117.)

Die Begründung, dass der Rekurrent nur einer von fünf Söhnen sei, während es naturgemäss nur eine Witwe Krüsi habe geben können, ist selbstverständlich nur ein Scheingrund, der im Rekurs Krüsi selbst nicht einmal aufgeführt war und dessen Rechtfertigung man im Gesetze vergeblich suchen würde (derselbe wurde denn auch im nachfolgenden Rekurse J. Peter-Grafs Sohn gar nicht mehr aufrecht erhalten). Auch die Eliminierung der Analogie A. R. von Plantas Erben etc. steht auf schwachen Füssen; überdies waren schon damals die vom Rekurrenten angeführten Fälle nur einige von vielen, und bis heute sind dieselben auf Hunderte gewachsen und zwar alle von den Registerführern selbständig eingeführt und von der Centralstelle geduldet; denn ein Entscheid, der dieselben gut hiesse, existiert nicht, wie er denn auch jedenfalls sehr schwierig zu motivieren wäre.[1])

Hieher gehört auch der Entscheid Witwe Kübler-Schwarz Söhne, der bei Besprechung der Kollektivgesellschaft seinen Platz finden wird; sodann der ausführlich und präzis gehaltene Entscheid J. Peter-Grafs Sohn, den wir hienach ganz folgen lassen, da er sonst noch nicht verwendet wurde.

Am 3. Januar 1896 wurde im Handelsregister des Kantons Zürich die Firma „J. Peter-Graf," in Winterthur, gelöscht; als Inhaber der Firma: „J. Peter-Grafs Sohn," in Winterthur, welche Aktiven und Passiven der gelöschten Firma übernahm, wurde C. A. Peter-Vogt, wohnhaft in Rapperswyl, eingetragen.

Das schweizerische Handelsregisterbureau beanstandete diese Firma und ersuchte durch Schreiben vom 4. und 18. Januar 1896 das Handelsregisterbureau Zürich, die Angelegenheit seiner Aufsichtsbehörde zum Entscheide zu unterbreiten.

Durch Verfügung vom 5. Februar 1896 bestätigte die zürcherische Aufsichtsbehörde die Ansicht des schweizerischen Handelsregisterbureaus, unter Hinweis darauf, dass nach dem Ent-

[1]) Vgl. Handbuch S. 201, Zeitschrift XIV, N. F. S. 351/3.

scheide des Bundesrates betreffend „Schmoll-Dreyfus fils“ vom 12. Februar 1890 eine Firma „J. Peter-Grafs Sohn,“ deren Inhaber A. Peter-Vogt heisst, als unzulässig betrachtet werden müsse.

Gegen diese Verfügung rekurriert C. A. Peter-Vogt an den Bundesrat unter folgender Begründung: a) es bestehen seit Jahren eine Anzahl Firmen, die der beanstandeten ganz analog gebildet seien, z. B.: „Weyermann-Schlatters Sohn,“ „W. Bion-Herzogs Söhne,“ „Osterwalter-Dürrs Sohn,“ alle drei in St. Gallen, „Ernst-Rieters Sohn,“ in Winterthur. Selbst im Jahre 1893 sei in St. Gallen noch die Firma „Koller-Bauers Sohn“ zugelassen worden; b) der bundesrätliche Entscheid in Sachen „Schmoll-Dreyfus fils“ könne nicht als massgebend angeführt werden, weil der Inhaber dieser Firma einer von fünf Söhnen war, während der Rekurrent der einzig lebende Sohn des J. Peter-Graf sei.

Der Bundesrat hat auf Grund nachstehender Erwägungen diesen Rekurs mit Schlussnahme vom 14. April als unbegründet abgewiesen:

1. Wer ein Geschäft ohne Beteiligung eines Kollektivgesellschafters oder Kommanditärs betreibt, darf gemäss Art. 867 O. R. nur seinen Familiennamen mit oder ohne Vornamen als Firma führen.

2. Nach Art. 874 kann der Erwerber eines bestehenden Geschäftes seiner Firma einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz beifügen.

3. „J. Peter-Graf“ kann nicht als der bürgerliche Name des C. A. Peter-Vogt angesehen werden (vergl. Entscheid in Sachen „Schmoll Dreyfus fils,“ Bundesblatt 1981, II S. 579). Der Rekurrent darf demgemäss den Namen „J. Peter-Graf“ auch nicht als Firma führen.

4. Wenn der Rekurrent den Namen seines Vaters in seiner Firma beibehalten will, kann er es nur in einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz thun. Wie im Rekursentscheide „Witwe Kübler-Schwarz Söhne“ vom 20. März 1895 hervorgehoben wurde, gestattet das Gesetz nicht, dass in einer Firma der Name des früheren Geschäftsinhabers in den Vordergrund trete. Es will vielmehr, dass durch die Firma in erster Linie der oder die Geschäftsinhaber selbst bezeichnet werden.

5. Der Umstand, dass der Rekurrent der einzige lebende Sohn des J. Peter-Graf ist, ist hier unerheblich.

6. Wenn im Handelsregister Firmen eingetragen sind, welche mi tden angeführten Grundsätzen in Widerspruch stehen, kann der Rekurrent daraus kein Recht ableiten, sich ebenfalls einer ungesetzlichen Firma zu bedienen. Vier der genannten Firmen waren schon eingetragen, als vom Bundesrate die Firmen „Schmoll-Dreyfus fils“ und „Witwe Kübler-Schwarz Söhne“ als unzulässig erklärt

wurden. Die fünfte („Koller-Bauers Sohn") ist aus Versehen des mit der Prüfung beauftragten Beamten unbeanstandet geblieben. Nachdem nun die Oberaufsichtsbehörde auf das Vorhandsein der genannten, dem Gesetz nicht entsprechenden Firmen aufmerksam gemacht ist, werden die Inhaber derselben angehalten werden, sie mit dem Gesetze in Einklang zu bringen. (S. H. A. B. vom 9. Mai 1896 Nr. 130, S. 537.)

Was an diesem Entscheide besonders hervorgehoben zu werden verdient, ist die Ablehnung der ungesetzlichen Firmen, auf welche sich der Rekurrent stützt; bedauerlich bleibt nur, dass seither aufs Neue ähnlich gebildete Firmen von Kollektivgesellschaften unbeanstandet sind eingetragen worden. Was nützen denn da die Rekursentscheide, wenn sich die Registerführer nicht an dieselben kehren? Wir werden bei der Kollektivgesellschaft wieder auf dieses Thema zurückkommen. Was übrigens den im Entscheid erwähnten Fall Koller-Bauer's Sohn anlangt, so war er durchaus nicht der einzige, der zwischen den Entscheiden Schmoll-Dreyfus fils und J. Peter-Grafs Sohn eingetragen worden ist.

Gegen O. 807 wurde ein Vorwurf erhoben, weil er auch eine lediglich aus dem Familiennamen gebildete Firma zulasse. Dass er das thut, ist unbestreitbar, wie übrigens auch das deutsche Recht (Art. 16. Entwurf § 17) derselben Auffassung huldigt; ein triftiger Grund zur Aenderung liegt aber nicht vor. Freilich führen einzelne Firmen infolge der bei den Aktiengesellschaften eingerissenen, ungesetzlichen Praxis leicht zu Verwechslungen mit solchen; Chemische Fabrik Bindschedler z. B. und Baugeschäft Tschaggeny als Einzelfirmen lassen sich von Art. Institut Orell Füssli oder Maschinenfabrik Brodbeck als Aktiengesellschaften nicht mehr unterscheiden. Allerdings pflegen in neuerer Zeit die meisten der letztern den Zusatz „Aktiengesellschaft" aufzunehmen; aber ungesetzlich bleiben sie darum nicht minder. — In die gleiche Kategorie gehören Hotel Bauer, Brand'sche Apotheke und dergl.

Ob der Vorname vor oder hinter dem Familiennamen zu stehen habe, bestimmt das Gesetz nicht; letzteres kommt bei italienischen Firmen dem dortigen Sprachgebrauche gemäss häufig vor.

Nach Analogie des Witwernamens hat das Eidg. Justizdepartement sich ausgesprochen, dass auch ein geschiedener Ehemann den Namen der Frau weiterführen dürfe, was freilich mit Recht durch Gerichtsspruch verworfen wurde. Civilrechtlich soll ein verwitweter und wieder verheirateter Mann sogar zur Führung beider eventuell noch mehrerer Frauennamen berechtigt sein und somit auch vom Standpunkte der Handelsregistergesetzgebung aus, was sich immerhin etwas drollig ansehen dürfte.[1])

Was die in Abs. 2 von O. 867 erwähnten Zusätze betrifft, so ist wohl das Verbot eines ein Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatzes heutzutage überall, wo überhaupt ein Firmenrecht besteht, durchgedrungen. Bezüglich derjenigen Zusätze, welche zur nähern Bezeichnung der Person dienen, wie senior, junior, Vater, Sohn etc. ist auch nichts zu bemerken; von den andern endlich werden wir in einem besondern Abschnitte reden.

Bei der Beratung des deutschen Entwurfes wurde von der Kommission der Antrag gestellt, dass ein Einzelkaufmann unter seiner Firma vor Gericht sollte klagen und verklagt werden können. Dadurch würde aus der Einzelfirma ein vom Inhaber verschiedenes Rechtssubjekt, eine Rechtsperson (um den Ausdruck juristische Person zu vermeiden), der man dann folgerichtig ein eigenes Vermögen zuerkennen müsste; etwas weiter, und man lässt auch eine Einzelfirma mit beschränkter Haftpflicht zu. Der Entwurf hat jedoch den Antrag nicht aufgenommen und für uns liegt einstweilen auch kein Grund vor, etwas ähnliches vorzuschlagen.

O. 867 giebt daher bezüglich seines ersten Absatzes zu einer Revision keinerlei Anlass; auf den zweiten Absatz, der die Zusätze behandelt, werden wir später zu sprechen kommen.

Die Firmen der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft.

O. 869. Die Firma einer Kollektivgesellschaft muss, sofern in dieselbe nicht die Namen sämtlicher Gesellschafter aufgenommen

[1]) Vergl. Handbuch Seite 177/8.

sind, den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze enthalten.

O. 870. Die Firma einer Kommanditgesellschaft muss den Namen wenigstens eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze enthalten.

O. 871. Die Namen anderer Personen als der unbeschränkt haftenden Gesellschafter dürfen in die Firma einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft nicht aufgenommen werden, auch darf eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft sich nicht als Aktiengesellschaft bezeichnen, selbst wenn das Gesellschaftskapital ganz oder teilweise in Aktien zerlegt ist.

Bedeutend mehr Differenzen zwischen Gesetz und Praxis, als die Einzelfirma, zeigen bezüglich der Firmenbildung die persönlichen Gesellschaften. Nicht dass gerade viel mehr Varianten in der Art vorkämen; denn die Mehrzahl schliesst sich mit geringerer oder grösserer Abweichung an Chr. Krüsi's Witwe und Schmoll-Dreyfus fils an; aber die Fälle sind viel zahlreicher. Dabei handelt es sich zwar immer um Kollektivgesellschaften, doch macht das nichts aus; denn alles Wichtige passt ebenso gut auf die Bildung der Kommanditgesellschaft, da ja, sobald mehr als ein unbeschränkt haftender Gesellschafter bei letzterer vorhanden ist, sie auch firmenrechtlich in das Gebiet der Kollektivgesellschaft hinüberreicht. Insofern wir aber nicht bloss von der bisherigen Praxis, sondern noch von manch anderm, das bei der Revisionsfrage in Betracht fällt, werden zu sprechen haben, so müssen wir die beiden Arten doch trennen.

1. Die Firma der Kollektivgesellschaft.

Dass jeder versucht, das Gesetz nach seiner ihm gerade am besten passenden Weise auszulegen, darf niemand zum Vorwurf gemacht werden. Sehr oft ergiebt sich ein Zwiespalt auch nur deshalb, weil sich die Mitglieder der zu bildenden Gesellschaft das Gesetz nicht genau angesehen haben, oder weil sie gar nicht oder falsch beraten waren. Würde jeder, der eine Firma eröffnen will, sich zuvor richtigen Ortes

erkundigen, so kämen wohl die meisten Abweichungen und Rekurse gar nicht zu Stande; denn welche Firma bei einer Neugründung gewählt wird, ist im Grunde ziemlich gleichgiltig, das Gesetz gestattet genug Variationen, um, abgesehen von der Frage der abgeleiteten Firmen, so ziemlich alle Wünsche innerhalb seines Rahmens zu befriedigen. Hat aber jemand seine Firma schon von sich aus gewählt, seine Zirkulare bereits ausgearbeitet oder gar versandt und seine sonstigen Geschäftspapiere schon damit bedrucken lassen, ehe er auf das Handelsregister geht, so hält es meistens schwer, ihn von der erkorenen Firma abzubringen.

Bevor wir zu den oben skizzierten Hauptgruppen übergehen, betrachten wir in Kürze die Versuche von Abweichungen, welche der Bundesrat auf dem Rekurswege zurückweisen musste:

1. Eine Kollektivgesellschaft von drei Gesellschaftern behielt die Namen von nur zweien derselben in der Firma mit der Begründung, damit werde genügend gezeigt, dass es sich um eine Gesellschaft handle, das Nähere könne jeder im Handelsregister nachsehen. (Kreisschreiben vom 29. Mai 1883. S. H. A. B. vom 31. Mai 1883 I. S. 235.) Die Begründung ist, scharf betrachtet, nicht unrichtig; denn es befindet sich der Name eines Gesellschafters in der Firma, und dass diese selbst eine Gesellschaft ankündige, ist ebenfalls ausser Zweifel. Auf welche Weise der im Gesetze verlangte, eine Gesellschaft andeutende Zusatz beschaffen sein müsse, sagt das Gesetz selbst nirgends. Der Grundsatz, kraft dessen die Firma zurückgewiesen wurde, nämlich dass dieselbe keine Täuschungen veranlassen dürfe, wird im Gesetz selbst, das sich wesentlich nur mit positiven Vorschriften abgiebt, nicht ausgesprochen, so richtig er auch an sich ist, und obgleich er dem Sinne nach dem Gesetze zu Grunde liegt. Dass die Firma das thut, kann nicht bestritten werden; denn jedermann wird aus ihr entnehmen, dass sie nur aus zwei Gesellschaftern bestehe, während sie thatsächlich deren drei enthält.

In richtiger Erkenntnis dieses hier zu Tage tretenden prinzipiellen Mangels hat der deutsche Entwurf in § 17 an-

lässlich der Zusätze direkt ausgesprochen: „sofern sie nicht geeignet sind, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäftes oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen.“ Auch diese Fassung ist zu beschränkt, da sie sich in ihrer Stellung in § 17 nur auf die Zusätze bezieht, welche bei der Einzelfirma zur Unterscheidung der Person oder des Geschäftes dienen, während dieser Grundsatz allgemein bezüglich der Bildung der Firma überhaupt sollte ausgesprochen werden.

2. Aehnliches gilt von der zurückgewiesenen Firma Grosjean frères, die, aus dem Vater und zwei Söhnen bestehend, sich damit rechtfertigen wollte, der Name Grosjean passe auf alle drei und frères sei ein gemäss O. 869 ein Gesellschaftsverhältnis andeutender Zusatz (S. H. A. B. vom 15. Juni 1887 S. 483). Auch das ist an sich richtig; aber der Zusatz frères wird jedermann zur Annahme veranlassen, die Gesellschaft bestehe nur aus Brüdern, während doch auch der Vater ihr angehört. Die Firma bewirkt also wiederum direkt eine Täuschung.

Man unterscheide wohl, es handelt sich nicht darum, dass die Firma das Richtige angeben müsse; denn auch unter „Compagnie“ kann alles mögliche verstanden sein, sondern sie darf nur nicht direkt eine Täuschung hervorbringen, wie dies in den beiden citierten Fällen zutrifft.

3. Denselben Grundsatz, nur wieder in anderer Weise verletzte die abgewiesene Firma N. N. & Konsorten, die nur aus zwei Personen bestand, während sie mehr vermuten liess. Hier liegt der Fehler im Ausdruck „Konsorten,“ der doch naturgemäss mindestens zwei Personen bezeichnet. Er deutet allerdings und unbestrittenermassen gemäss O. 869 eine Gesellschaft an; aber, da N. N., d. h. der Name eines Gesellschafters noch dazu kommt, eine solche von mindestens drei Gliedern, geht also zu weit. Richtig dagegen wäre z. B. „Konsorten Müller“ oder Müller Konsorten, da hiemit gerade so gut zwei, als auch mehr Personen verstanden sein können unter der Bedingung, dass sämtliche Müller hiessen. Wir werden der gleichen Erwägung nachher noch bei den Zusätzen Familie und Erben begegnen, bei denen es sich auch

fragt, ob die damit Gemeinten alle denselben Familiennamen tragen müssen oder nicht.

4. Dass die Firma S. père et fils nicht durfte beibehalten werden, nachdem der Vater ausgeschieden war, versteht sich ohne weiteres, weil sie nicht nur eine Täuschung veranlassen, sondern direkt eine Unwahrheit aussprechen würde. (Jahresbericht des Eidg. Justizdepartementes, Ziff. V.)

5. Im Rekursentscheide Stettler & von Fischer, welche Firma einen Stettler und zwei von Fischer enthielt, und die der Bundesrat deshalb als dem Gesetze nicht genügend zurückwies, wurde der Grundsatz, dass die Firma zu keinen Täuschungen Anlass geben dürfe, auf das Unzweideutigste ausgedrückt. Die Rekurrenten behaupteten, die Firma enthalte dem Gesetze gemäss die Namen sämtlicher Gesellschafter, was, buchstäblich genommen, durchaus richtig ist. Der Bundesrat erklärte aber dagegen:

„Die Firma Stettler und von Fischer würde nur dann die Namen sämtlicher Gesellschafter enthalten, wenn man die Worte „von Fischer“ als Plural auffassen könnte, was durchaus nicht der Fall ist. Die blosse Möglichkeit, „von Fischer“ als Plural aufzufassen, genügt nicht; sonst müsste für eine aus zwei Herren von Fischer bestehende Kollektivgesellschaft die Firma „von Fischer“ auch genügen, was niemand wird behaupten wollen . . . . .“

„Mit einem Familiennamen kann nur eine Person bezeichnet werden. Wenn die Firma lautet „Stettler & von Fischer,“ so wird jedermann annehmen, die Träger derselben seien ein Herr Stettler und ein Herr von Fischer. Die Namen sämtlicher Gesellschafter sind in der Firma nur dann dem Gesetze entsprechend enthalten, wenn aus ihr ohne weiteres die sämtlichen Individuen, welche in der Gesellschaft beteiligt sind, ersehen werden können.“ (Rekursentscheid vom 31. März 1891. S. H. A. B. vom 9. April 1891, Seite 340. Handbuch Seite 241 ff.)

Bezüglich des Gesellschaftszusatzes erklärte der Bundesrat, derselbe müsse ein allgemeiner sein, aus dem das Publikum ersehe, dass es zu seiner Orientierung das Handelsregister zu konsultieren genötigt sei, falls es wissen wolle, wen dieser Zusatz enthalte. Der allgemeinste Zusatz ist „& Cie,“ da er sowohl nur auf eine Person, als auch auf eine unbegrenzte Zahl von Personen gehen kann. Sobald man

einen enger begrenzten Zusatz wählt, so wird naturgemäss auch der Kreis enger, aus dem die Gesellschaft bestehen darf (z. B. frères, Söhne, Erben, Familie).

In diesem Sinne erklärte der Bundesrat im Rekurse Fichter & Söhne, dem wir bei der Kommanditgesellschaft begegnen werden, dass jeder Zusatz je nach dem besonderen Fall konstruiert sein müsse, und zwar so, dass durch denselben keine falsche Vorstellung vom Gesellschaftsverhältnis entstehe, bezw. das Prinzip der Firmenwahrheit aufrecht erhalten werde.[1])

Einen bedeutenden Schritt weiter in der mit dem Rekurs Chr. Krüsi's Witwe eingeschlagenen Richtung that der Bundesrat mit Genehmigung der Firma S. J. Bloch Söhne, welche die Behörden von Basel-Stadt mit der Motivierung zurückgewiesen hatten, dass die Firma nicht den Namen der Söhne oder eines Sohnes, sondern nur den des Vaters enthalte, der allerdings im gegebenen Falle der gleiche sei, was aber nicht unter allen Umständen zutreffe und überdies am Prinzipe an sich nichts ändere. S. J. Bloch Söhne besage nichts, als Söhne von S. J. Bloch, und sei daher nur eine lediglich als Zusatz verwendbare Eigenschaftsbezeichnung. Der Entscheid des Bundesrates, den wir seiner prinzipiellen Tragweite wegen hier beisetzen, lautet:

Die Herren Isaac, Simon und Moritz Bloch in Basel, Söhne des verstorbenen Samuel Jakob Bloch, welche zusammen eine Kollektivgesellschaft bilden, beanspruchen die Führung der Firma „S. J. Bloch Söhne."

Das Handelsregisterbureau Basel verweigerte die Eintragung dieser Firma, erklärend, dass sie den gesetzlichen Vorschriften widerspreche; die Justizkommission des Kantons Basel-Stadt wies eine hiergegen erhobene Beschwerde durch Beschluss vom 3. Februar 1893 ab.

Der Bundesrat hat den gegen letztere Schlussnahme eingereichten Rekurs am 8. d. M. gestützt auf folgende Erwägungen begründet erklärt:

1. Die Vorinstanzen nehmen Anstoss an den beiden Buchstaben „S. J."; gegen eine Firma, die lediglich lauten würde „Bloch Söhne," wenden sie nichts ein. Sie betrachten die Benennung

[1]) Vgl. Zeitschr. N. F. XIV, Seiten 358/9.

„S. J. Bloch Söhne“ lediglich als die Bezeichnung eines Personenkomplexes, die nur als Apposition zu den Eigennamen der damit Bezeichneten, d. h. als Zusatz im Sinne des Gesetzes dienen könne. Die Firma „S. J. Bloch Söhne“ würde nach ihrer Auffassung gegen den Grundsatz der Wahrheit und Klarheit der Firma verstossen.

2. Hierin gehen die Behörden des Kantons Basel-Stadt zu weit.

Die Vorschriften der Artikel 869 und 871, O. R., welche hier in Betracht kommen, sind lediglich eine Umschreibung des durch das Bundesgesetz aufgestellten Prinzipes der Firmenwahrheit. Dieses Prinzip verlangt, dass eine Firma keinen Anlass zu irrigen Annahmen in Bezug auf den ihr zu Grunde liegenden Personalbestand biete.

Es soll daher einerseits in der Firma einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft kein Name einer der Gesellschaft nicht als unbeschränkt haftbares Mitglied angehörenden Person enthalten sein (O. R. 871); mit andern Worten: die Firma soll nicht die irrige Anschauung erwecken, als ob eine Person, welche der Gesellschaft nicht als unbeschränkt haftender Gesellschafter, oder gar nicht angehört, für deren Verbindlichkeiten aufkommen wolle (Wahrheit der Firma).

Anderseits soll aus der Firma, sofern in dieselbe nicht die Namen sämtlicher Teilhaber aufgenommen sind, ersichtlich sein, dass noch weitere Teilhaber vorhanden sind, über welche das Handelsregister genauen Aufschluss erteilt (Klarheit der Firma).

3. Die Firma „S. J. Bloch Söhne“ verstösst nicht gegen diese Grundsätze:

a) Wie das Handelsregisterbureau Basel selbst anerkannt hat, will „S. J. Bloch Söhne“ gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauche nichts anderes sagen als „Söhne von S. J. Bloch.“ Gleich wie aus der Bezeichnung „Bloch Söhne“ kurzweg, so geht auch aus der Firma „S. J. Bloch Söhne“ deutlich hervor, dass die Inhaber der Firma den Familiennamen Bloch führen (Art. 869 O. R., Vordersatz, verlangt: „den Namen wenigstens eines der Gesellschafter“), dass ihrer mehrere, und dass dieselben Brüder sind (Art. 869, Nachsatz: „mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze“). Niemand wird irrigerweise annehmen, dass der Vater S. J. Bloch Mitgesellschafter sei. Wenn nun die Firma „Bloch Söhne,“ deren Zulässigkeit unbestritten ist, lediglich die Brüder Bloch, die Söhne eines nicht genannten Vaters namens Bloch bezeichnen würde, so weist die mit den Buchstaben „S. J.“ versehene, weitläufigere Firma „S. J. Bloch Söhne“ darüber hinaus noch darauf hin, welches bestimmten Blochs Söhne die Gesellschafter sind. Der Zusatz „S. J.“ dient daher zur nähern Bezeichnung der Personen der Firmainhaber (O. R. 867, Absatz 2).

b) Der Umstand, dass zufälligerweise nicht sämtliche Söhne des Samuel Jakob Bloch der Gesellschaft angehören, ist irrelevant. Sobald nicht die Namen aller einzelnen Gesellschafter in der Firma enthalten sind, muss der dritte, der den Personalbestand der Gesellschaft kennen lernen will, das Handelsregister zu Rate ziehen. Ob nun sämtliche Söhne des S. J. Bloch, oder nur drei derselben Mitglieder der Gesellschaft sind, kann nichts an der Thatsache ändern, dass nur das Handelsregister darüber Aufschluss giebt. welche Personen der Gesellschaft angehören. (Vgl. Erwägung 5. am Ende, im Rekursentscheid vom 9. April 1891 in Sachen Stettler & von Fischer, S. H. A. B. 1891, Nr. 82, und Handbuch für die schweizerischen Handelsregisterführer, Seite 242.)

Es braucht keinen übermässigen Scharfsinn, um die bedenklichen Schwächen dieses Entscheides herauszufinden. „Bloch Söhne" steht auf der gleichen Stufe mit „Gebrüder Bloch" oder „Konsorten Bloch" und hat mit dem Vater absolut nichts zu thun, während „S. J. Bloch Söhne" mit dem Namen der Söhne nichts zu thun hat und höchstens die in der Firma selbst entgegen dem Gesetze nicht genannten Inhaber als Söhne des S. J. Bloch näher bezeichnet, wie dies der Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde durchaus richtig hervorhob. Der in der Firma figurierende Bloch ist keiner der Gesellschafter, sondern der Vater, den die Firma von Haut und Haar nichts angeht. Darum kommt man nun einmal mit aller Interpretationskunst nicht herum. Wäre die Firma S. J. Bloch Söhne richtig, so müsste sie dies auch in ihrer vollen Form „Söhne von Samuel Jakob Bloch" sein und das wäre doch schwer mit dem Gesetze zu vereinbaren. Leider finden wir in der Folge eine ganze Anzahl von Firmen, die nach diesem Muster gebildet sind. Das Jahr 1896 bringt sogar eine Firma „Les fils de Cerf Blum," bei der man gewiss doch nicht mehr aus der Firma ersehen kann, dass der Name der Söhne in derselben enthalten ist.

Der Entscheid hat den gesetzlichen Boden verlassen und operiert nur noch mit dem Begriffe der Firmenwahrheit, diesem selbst eine ganz neue Auslegung verleihend. Es ist dies schon an sich ein unrichtiges Verfahren; denn man leitet

damit zuerst aus dem Gesetz ein Prinzip ab und korrigiert oder dreht hinterher nach diesem wiederum das Gesetz. Wie wenig man sich auf sicherem gesetzlichem Boden fühlte, geht wohl auch daraus hervor, dass zu dieser neuen Wahrheit der Firma auch noch ein Prinzip der Klarheit der Firma erfunden werden musste. Wenn der Entscheid behauptet, aus der Firma S. J. Bloch Söhne gehe deutlich hervor, dass die Inhaber der Firma den Familiennamen Bloch führen, so ist das eben eine sogenannte petitio principii; deutlich geht aus derselben nichts hervor, als dass der Vater „Bloch" hiess, und dass die Inhaber seine Söhne seien. In der Regel werden Vater und Söhne den gleichen Familiennamen führen, doch braucht dies durchaus nicht immer einzutreffen. Und falls es sich nun um die Mutter handelte, deren Söhne ja oft einen anderen Namen führen, als sie selbst? Dann fiele die ganze Beweisführung des Bundesrates ins Wasser, und doch sollte ein so sicher und bestimmt ausgesprochenes Prinzip auf Vater und Mutter anwendbar sein. Dehnen wir gar die Verwandtschaft noch weiter aus auf Enkel oder Neffen, so verlieren wir jeden Halt.

Zulässig ist der Entscheid nur, wenn man einfach darauf abstellt, dass die Inhaber wirklich Söhne des S. J. Bloch sind, und wenn das Gesetz nichts anderes verlangte, als diese Art von Wahrheit. Dann bleibt aber kein Grund einzusehen, warum S. J. Bloch Nachfolger sollte verboten werden, denn diese Firma kann gerade so absolut wahr sein, wie jene. Dass die Praxis den Entscheid in dieser Weise aufgefasst hat, werden wir alsbald an den nach obigem Vorgang gebildeten und unbeanstandet eingetragenen Firmen erkennen, bei denen nicht mehr alle Inhaber den in der Firma angegebenen Familiennamen führen.

Der erste und der zweite Teil des Rekurses widersprechen sich; denn im ersten entscheidet lediglich die Wahrheit, dass die Inhaber wirklich Söhne des S. J. Bloch sind, im zweiten wird hierauf keinerlei Rücksicht genommen und eine Rechtfertigung auf Grund des Gesetzes gesucht, wobei die zulässige Firma „Bloch Söhne" abgetrennt und S. J. als

ein die Personen näher bezeichnender Zusatz behandelt wird. Demnach würde jedermann erwarten müssen, dass S. J. die Vornamen der Inhaber andeuteten, nicht aber den Vater; S. J. Bloch Söhne wäre auch in der That für die beiden Brüder Isaac und Simon Bloch eine tadellos gebildete Firma; dann darf man ihr aber nicht mehr den Sinn von „Söhne des Samuel Jakob Bloch" beilegen und S. J. auf den Vater beziehen. Man nehme nun die eine oder die andere Seite, so ist der Entscheid unhaltbar; entweder er kümmert sich nicht um das Gesetz, oder er legt dasselbe unrichtig aus. Wir erleben hier mit den entsprechenden Variationen denselben Vorgang, wie bei Chr. Krüsi's Witwe. Will man diesen Zweck erreichen, so mache man doch lieber zu Gunsten des überlebenden Ehegatten oder der nächsten Verwandten eine Ausnahme im Gesetze selbst, wie dies eine Anzahl Rechte thun. (Vergl. Griechenland S. 578. Schweden etc. S. 586.)

Bei alledem wäre eine Lösung so leicht gewesen und wohl bei einer Abweisung des Rekurses dieselbe auch sofort ergriffen worden. S. J. M. Bloch Söhne hätte eine den Simon, Isaac und Moritz Bloch entsprechende und vor dem Gesetze untadelhafte Firma gegeben.

Von grösster Wichtigkeit für die Entwicklung unseres Firmenrechtes und zwar, sagen wir es aufrichtig, diesmal nach der guten Seite hin, ist der Rekursentscheid Witwe Kübler-Schwarz Söhne, welche Firma den Rekurrenten Johann Rudolf und Jakob Kübler, Söhnen der Witwe Kübler-Schwarz, in Analogie des Entscheides Schmoll-Dreyfus fils verweigert wurde, wobei sich diese natürlich auf die Fälle Chr. Krüsi's Witwe und S. J. Bloch Söhne, sowie auf die zahlreichen anderen ihrer begehrten Firma ähnlichen Einträge beriefen.

Gestützt auf die Motivierung der genannten Rekursentscheide erklärten die Rekurrenten rundweg, der Wortlaut des Gesetzes komme dem Prinzipe der Wahrheit der Firma gegenüber gar nicht mehr in Betracht:

„Die Registerführer", schrieben sie, „und die Justizkommission verweigern die Eintragung, weil die genannte Firmenbezeichnung

der Vorschrift von O. 869 nicht genüge, da keiner der beiden Teilhaber den Namen Kübler-Schwarz trage. Letzterer Umstand ist nun allerdings richtig, allein der Name Kübler-Schwarz wird von den Petenten gar nicht als ihr eigener Familienname in Anspruch genommen, vielmehr geht aus der Bezeichnung Witwe Kübler-Schwarz Söhne mit aller Klarheit hervor, dass es sich um die Söhne der Witwe Kübler-Schwarz handelt. Dem Willen des Gesetzes, die Wahrheit der Firma ausgedrückt zu wissen, ist durch die gewünschte Bezeichnung in grösserem Masse Rechnung getragen, als wenn die Petenten die doch zweifellos zulässige, aber den Inhaber viel weniger klar bezeichnende Firma „Kübler Söhne" gewählt hätten. In der That hat denn auch der hohe Bundesrat wiederholt gegenüber der starren Interpretation des Art. 869 O. R. ausgeführt, dass dem Prinzip der Firmenwahrheit dann Genüge geleistet sei, wenn die Firma keinerlei Anlass zu irrigen Annahmen in Bezug auf den ihr zu Grunde liegenden Personalbestand biete."

Hier erscheint klar die Konsequenz aus dem so unglücklich hervorgehobenen Prinzipe der Firmenwahrheit gezogen; sie ist richtig, aber sie führt ebenso richtig zu einem flagranten Bruch mit dem Gesetze. Soweit wollte und konnte selbstverständlich der Bundesrat nicht gehen, da gab es nur noch eine Antwort, die Abweisung des Rekurses, die denn auch erfolgte und erfolgen musste.

Der bundesrätliche Entscheid, der zugleich die Thatsachen, sowie den Abweisungsbeschluss der kantonalen Aufsichtsbehörde enthält und uns daher aller weitern Beifügungen enthebt, lautet:

Der schweizerische Bundesrat hat über den Rekurs von Johann Rudolf und Jakob Kübler in Basel, gegen den Entscheid der Justizkommission des Kantons Baselstadt, vom 23. Januar 1895, die Führung der Firma „Witwe Kübler-Schwarz Söhne" betreffend, auf den Bericht seines Justiz- und Polizeidepartements, folgenden Beschluss gefasst:

A. In thatsächlicher Beziehung wird festgestellt:

1. Johann Rudolf und Jakob Kübler, Söhne der unter der Firma „Witwe Kübler-Schwarz" in Basel im Handelsregister eingetragenen Frau Elisabeth Kübler geb. Schwarz in Basel, haben daselbst eine Kollektivgesellschaft eingegangen, welche sie unter der Firma „Witwe Kübler-Schwarz Söhne" zum Handelsregister anmeldeten.

Das Handelsregisterbureau Baselstadt erklärte diese Firma als unzulässig und verweigerte deren Eintragung. Die dagegen beim kantonalen Justizdepartement erhobene Beschwerde wurde von der Justizkommission des Kantons Baselstadt als Aufsichtsbehörde über das Handelsregister durch Erkenntnis vom 23. Januar 1895 abgewiesen, mit der Begründung:

„Das in Sachen massgebende Gesetz, schweizerisches Obligationenrecht 869, erfordere unbedingt, dass die Firma einer Kollektivgesellschaft, wie die der Beschwerdeführer ist, wofern darin nicht die Namen aller einzelnen Gesellschafter aufgenommen sind, den Namen wenigstens eines der Gesellschafter enthalten müsse; der Name Kübler-Schwarz sei aber weder der Name des einen noch des andern Gesellschafters."

2. Gegen dieses Erkenntnis rekurrierten die Herren Kübler an den Bundesrat. Sie stellten das Begehren:

„Es sei die von den beiden Petenten gewünschte Firma „Witwe Kübler-Schwarz Söhne" als zulässig zu erklären und deren Eintragung in das Handelsregister des Kantons Baselstadt zu gestatten."

B. In rechtlicher Beziehung fällt in Betracht:

Art. 869 des Obligationenrechts bestimmt:

„Die Firma einer Kollektivgesellschaft muss, sofern in dieselbe nicht die Namen sämtlicher Gesellschafter aufgenommen sind, den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze enthalten."

Und Art. 871 schreibt vor:

„Die Namen anderer Personen als der unbeschränkt haftenden Gesellschafter dürfen in der Firma einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft nicht aufgenommen werden."

Gemäss Art. 874 ist auch der Erwerber oder Uebernehmer eines Geschäftes an die obigen Vorschriften gebunden; est ist ihm lediglich gestattet, seiner Firma einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz beizufügen.

Das Gesetz gestattet also nicht, dass in einer Firma der Name des frühern Geschäftsinhabers in den Vordergrund trete. Es will vielmehr, dass durch die Firma in erster Linie der oder die Geschäftsinhaber selbst bezeichnet werden. Auf ihre Persönlichkeit legt es das Schwergewicht, dem Prinzipe getreu, dass die Firma dem Namen der Träger entsprechen soll.

Wenn nun, wie z. B. im Fall der Firma „J. S. Bloch Söhne," welche die Rekurrenten zu ihren Gunsten ins Feld führen möchten (Entscheid vom 8. März 1893; schweizerisches Handelsamtsblatt 1893, Nr. 71, pag. 288; Bundesbl. 1893, I, pag. 1073), der Firma der Gesellschafter lediglich einige den Vornamen des Vaters an-

deutende Buchstaben vorangestellt sind, so wird dadurch diesen Vorschriften nicht entgegen gehandelt; die Firma ist aus dem persönlichen Namen ihrer Träger gebildet, diese letztern erscheinen als die Geschäftsinhaber.

Bei der Firma „Witwe Kübler-Schwarz Söhne" dagegen ist die Firma dem Namen der bisherigen Geschäftsinhaberin, der „Witwe Kübler geb. Schwarz," entlehnt. Dieser letztern allein, nicht den Rekurrenten, kommt der Name „Kübler-Schwarz" zu. Die Firma „Witwe Kübler-Schwarz Söhne" ist daher unzulässig. Aus demselben Grunde wurde schon im Jahre 1890 dem Herrn Edmund Schmoll in Basel verweigert, die Firma „Schmoll-Dreyfus fils" zu führen (Entscheid des Bundesrates vom 12. Februar 1890; schweizerisches Handelsamtsblatt Nr. 22, vom 15. Februar 1890, pag. 117; Bundesbl. 1890, I, pag. 439), da nicht ihm, sondern nur seinem Vater der Name Schmoll-Dreyfus zukam.

Demnach wird beschlossen:

Der Rekurs ist unbegründet und wird daher abgewiesen.

(Entsch. v. 20. März 1895. S. H. A. B. v. 3. April 1895 S. 383.)

Soweit die Rekursentscheide des Bundesrates, und nun die Praxis, die sich teils infolge teils trotz derselben, gebildet, und die ganz erstaunliche Resultate zu Tage gefördert hat. Analog der Firma S. J. Bloch Söhne sind ca. 30 Firmen eingetragen worden, wobei, wie wir annehmen wollen, es sich stets um Söhne handelte, die den in der Firma angegebenen Vaternamen tragen; mit „Familie" oder „Erben" als Zusätzen zum Namen des verstorbenen Vaters resp. Erblassers existieren ca. 100, die auf den Kreis von Witwe und Kindern beschränkt sind. Unter diesen finden sich etwa 50 absolut ungesetzliche, d. h. solche, in denen unter dem Firmennamen auch Leute figurieren, die denselben nicht tragen, und solche, die entgegen den Entscheiden Schmoll-Dreyfus fils und Witwe Kübler-Schwarz Söhne gebildet sind. In der Zeitschrift für Schweiz. Recht N. F. XIV S. 365 ff. sind die 14 schlimmsten Fälle eingehend besprochen; wir wollen dieselben also hier übergehen, so sehr sie auch zur Vervollständigung des Bildes gehören. Seither zählen wir deren 17 neue und zwar:

1. Solche, deren Inhaber nicht alle den in der Firma genannten Familiennamen tragen:

Eredi Fabrizio Traversa in Lugano, darin eine infolge Verheiratung den Namen Traversa nicht mehr tra-

gende Erbin Solari Lucia Moglie di Guiseppe nata Traversa (S. H. A. B. vom 22. Juni 1895 Nr. 161 S. 680).

Geschwister Ritter in St. Maria, bestehend aus Rudolf Ritter und Katharina Pünchera geb. Ritter (S. H. A. B. vom 12. Oktober 1895 Nr. 253 S. 1056).

Familie Dr. Christen in Andermatt, bestehend aus Witwe Cajetana Kesselbach-Christen, Maria und Louise Christen. Was sollen wir daneben noch aus dem Dr. machen? (S. H. A. B. vom 28. Februar 1896 Nr. 56 S. 225.)

Val. Joerimann's Erben in St. Moritz-Dorf, darin Witwe Babette Wettstein-Joerimann (S. H. A. B. vom 19. August 1896 Nr. 233 S. 960).

C. Cavalasca's Erben in Zug, bestehend aus Mathilde Cavalasca und Ida Wemans-Cavalasca (S. H. A. B. vom 15. Oktober 1896 Nr. 287 S. 1180).

Bei den Firmen Eredi fu Carlo a Marca in Mesocco (S. H. A. B. vom 22. Oktober 1896 Nr. 293 S. 1206), und Albert Mont sel. Erben in Villa (S. H. A. B. vom 4. November 1896 Nr. 302 S. 1242) haben je eine Gesellschafterin durch Verheiratung ihren Namen gewechselt, ohne dass die Firma geändert worden wäre.

Eine weitere Etappe zeigt die Firma Theodor Raschle sel. Erben in Wattwil, bei welcher sich die Teilhaberin Witwe Amalie Raschle-Blumer wieder verehlicht hat und nunmehr Amalie Landerer-Blumer heisst (S. H A. B. vom 26. Oktober 1896 Nr. 296 S. 1218). Trotzdem blieb die Firma ungeändert.

Die neueste Kombination bringt die Firma Les fils de Cerf Blum in Biel, bei welcher der Vater Cerf Blum zwar ausgetreten ist, aber ruhig weiter lebt (S. H. A. B. vom 12. März 1896 Nr. 71 S. 291). Söhne des Cerf Blum bleiben die Inhaber ja auch, ob der Vater todt ist oder nicht; es kann auch niemand den Cerf Blum hindern, neben obiger unter seinem Namen noch eine besondere Firma Cerf Blum einzutragen, während die Firma seiner Söhne doch gewiss die Täuschung erweckt, als ob der Vater gestorben wäre (vgl. hievor S. 652).

2. Solche, die nach dem Entscheide Witwe Kübler-Schwarz Söhne und entgegen diesem sind eingetragen worden:

Schwarz-Jauch's Familie in Beckenried (S. H. A. B. vom 10. Juni 1895 Nr. 150 S. 631).

A. Egger-Eberle's Erben in Gossau (S. H. A. B. vom 11. Juli 1895 Nr. 178 S. 748).

Familie Müller-Lombardi in Hospenthal (S. H. A. B. vom 10. August 1895 Nr. 204 S. 854).

Diese drei Firmen bestehen jeweilen aus der Witwe und Kindern. Die Witwe trägt allerdings den in der Firma genannten Namen, nicht aber die Kinder, die nur Schwarz, Egger und Müller heissen.

Auf gleicher Stufe stehen die nachfolgenden 4 Firmen, nur dass bei den drei ersten derselben je eine Tochter infolge Verheiratung einen fremden Namen führt, der in der Firma auch nicht einmal teilweise vorkommt:

Hoirs J. Jaccard-Jacques in Grandson, wobei Jenny Mutrux née Jaccard (S. H. A. B. vom 15. August 1896, Nr. 230, Seite 949).

J. Guyer-Bruggers Erben in Uster, worunter Mina Bartenstein-Guyer (S. H. A. B. vom 27. Oktober 1896, Nr. 297, Seite 1221).

Th. Keiser-Hausheer's Erben in Zug, worunter Louise Bieler-Keiser (S. H. A. B. vom 12. Mai 1897, Nr. 131, S. 538).

Nicht einmal die Erbenqualität ist gewahrt bei der Firma:

L. Kappeler-Bebie's Erben in Turgi, indem hier als Teilhaber Pietro Zai-Kappeler erscheint, vermutlich ein Schwiegersohn und in diesem Falle kein Erbe. (S. H. A. B. vom 15. August 1894, Nr. 184, Seite 754).

Mit einiger Gelenkigkeit vermag man in Anschluss an Chr. Krüsi's Witwe auch diese Firmen zu rechtfertigen, z. B.: Der Name eines der Teilhaber, der Witwe, steht in der Firma, die andern sind in dem eine Gesellschaft andeutenden Zusatze hoirs, Erben, Familie enthalten, und es ist gleichgiltig, wie sie selbst heissen, oder sogar: Die andern Gesellschafter sind ebenfalls in der Firma genannt, man braucht nur den Firmennamen zu teilen, indem die verheirateten Töchter und

die Schwiegersöhne den ersten Teil des Firmennamens, im zweiten ihres Familiennamens tragen. Vornamen und Genetivendungen ('s) sind irrelevante Zusätze.

Wir zweifeln freilich daran, dass die fraglichen Registerführer sich dieser Rechtfertigung ihrer Einträge bedienten, vielmehr glauben wir annehmen zu dürfen, die betreffenden Beamten haben in Unkenntnis der bundesrätlichen Entscheide gehandelt, und in Bern hat man die Firmen aus diesem oder jenem, uns unbekannten Grunde schlüpfen lassen.

Für die nachherige Frage der Revision müssen wir aus obiger Praxis die in ihr verkörperten Grundsätze heraussuchen, um zu sehen, wie weit denselben bei einer allfälligen Aenderung des Gesetzes zu entsprechen wäre.

Beim Rekurse Witwe Kübler-Schwarz Söhne hatten die Rekurrenten behauptet, es genüge dem Prinzipe der Firmenwahrheit, dass sie wirklich Söhne der Witwe Kübler-Schwarz seien, und der Bundesrat hatte diese Auslegung zurückgewiesen. Demnach genügt auch bei obigen Firmen die blosse Thatsache nicht, dass jemand wirklich Erbe sei oder zur Familie gehöre, gleichgiltig welchen Namen er führe, vielmehr muss ausserdem der Name eines der Gesellschafter in der Firma enthalten sein. Es wären also auch bei Doppelfamiliennamen (Guyer-Brugger, Kübler-Schwarz) diejenigen Firmen zulässig, bei denen wenigstens einer der Teilhaber wirklich diesen Doppelnamen trägt (der überlebende Ehegatte), gleichviel ob die andern dann nur den einen Teil des Firmennamens führen oder gar keinen, sofern sie nur Erben oder Familienmitglieder sind. Freilich wäre das eine bedenkliche Auslegung des Gesetzes.

In mehreren Fällen wurde festgestellt, dass bei Firmen, die mit „Gebrüder" oder „Söhne" gebildet sind, angenommen werde, es seien nicht nur alle Teilhaber Brüder, sondern sie führten auch den gleichen, in der Firma enthaltenen Familiennamen.[1] Stiefbrüder, die nicht den gleichen Familiennamen

[1]) Auch hier zeigt die Praxis Abweichungen, so wurde in Göschenen die Firma Geschwister Z'graggen eingetragen, in der Witwe Stiebitz-Z'graggen als Teilnehmerin figuriert. (S. H. A. B. vom 8. Februar 1893, Seite 126.)

tragen, könnten demgemäss eine solche Firma nicht wählen. Wie steht dies nun zu den Gesellschaftsbezeichnungen „Erben“ und „Familie“? Dürfen darunter ebenfalls nur solche verstanden werden, die denselben Familiennamen besitzen? Gemeiniglich nimmt man das so an, während der juristische Begriff der Familie weiter ist. Wie wir gesehen haben, hat die Praxis den weitern Kreis angenommen und auch Familienmitglieder zugelassen, die den in der Firma genannten Familiennamen nicht tragen. Geht man so weit, so giebt es sozusagen kein Halten mehr, und es muss dann das Gesetz klar und deutlich bestimmen, wo die Grenze des Begriffes aufhört, bis zu welchem Grade der Verwandtschaft im Handelsregister die Ausdrücke „Erben,“ „Familie“ reichen sollen.

All diesen Wirrwar verdanken wir den beiden Entscheiden Chr. Krüsi's Witwe und S. J. Bloch Söhne. Wir werden nie und nimmer aus demselben herauskommen und unser Firmenrecht konsequent gestalten können, wenn wir diese beiden in der bisherigen Weise bestehen und sich fortpflanzen lassen. Der Bundesrat hat sich zwar über die oben zitierten Firmen mit „Erben“ und „Familie“ offiziell noch nicht ausgesprochen, es bleibt also immer noch die Hoffnung, dass er sie verwerfe; einstweilen aber sollte ihm die Praxis nicht in der Weise vorarbeiten dürfen, dass er später sozusagen mit gebundenen Händen dasteht. Der Mittel giebt es genug, will man erst den Zweck, so findet man sie leicht. Auf dem jetzigen Pfade geraten wir immer mehr auf Abwege, so dass uns von unserm so ernstlich gewollten Prinzipe der Firmenwahrheit schliesslich wenig mehr übrig bleibt.

Will man aber zu Gunsten der Witwe und der sonstigen Hinterlassenen eine Ausnahme machen, was sich ja geschäftlich rechtfertigen liesse und anderwärts auch geschieht, dann statuiere man diese Ausnahme im Gesetz.

Eine durch die Praxis angeregte Frage ist noch die, ob es einer Gesellschaft gestattet sei, zwei Firmen zu führen. So existieren in Grindelwald die zwei Firmen „Hôtel Adler Grindelwald Gebr. Boss“ und „Hôtel Baer Grindelwald Gebr. Boss“ (S. H. A. B. vom 23. Mai 1895 Nr. 143 Seite 603), welche

beide der gleichen Gesellschaft angehören, während sie natürlich das Gegenteil vermuten lassen;[1] dieselbe Gesellschaft figuriert in Meyringen unter der Firma Hôtel z. Wildenmann Gebr. Boss (S. H. A. B. vom 22. Juni 1895 Nr. 161 Seite 680 1) und zwar nicht etwa als Zweigniederlassung. Selbstverständlich handelt es sich jeweilen um besondere Hôtels, vermutlich auch mit gesonderter Buchhaltung und Komptabilität; aber das haftbare Rechtssubjekt und die dasselbe bildenden Personen ist doch immer dasselbe, worüber entschieden das Publikum, wenn nicht unter allen Umständen getäuscht wird, so doch sicher sehr leicht getäuscht werden kann.

Dasselbe, nur noch viel prägnanter, weil hier kein Mensch die gleiche Gesellschaft vermuten wird, liegt vor mit den beiden Firmen Ad. Schwarz & Cie. und Schwarz-Jauch's Familie in Bekenried. Unter der ersten wird die Fabrikation von Cement und hydraulischem Kalk, unter der letztern das Hôtel zum Nidwaldnerhof betrieben. Beide sind am gleichen Tage eingetragen, die eine als Fortsetzung der Firma Ad. Schwarz, die andere als solche der Firma Schwarz-Jauch, die gleichfalls dem gleichen Inhaber angehört hatten. (S. H. A. B. vom 10. Juni 1895 Nr. 150 Seite 631.)

Hier mag noch eine ähnliche, ebenfalls zweifelhafte Neuerung ihren Platz finden:

> „La maison Coate frères, commerce d'articles anglais de tout genre, à Genève, modifie son inscription comme suit: En outre de son siège principal 9 et 11 Fusterie, lequel conserve comme sous-titre et enseigne Old England British Tailors elle a fondé à Genève 52 rue du Rhône une succursale qui aura pour enseigne et sous-titre The British Furnishing Co." (S.H.A.B. vom 13. Mai 1897, Nr. 132, Seite 542.)

Ueber die Frage der enseigne werden wir später noch bei dem von den Zusätzen handelnden Abschnitte zu sprechen

---

[1]) Bei beiden findet sich überdies noch die laut Bericht des Eidg. Justizdepartements von 1889 (vergl. Handbuch Seite 246) unzulässige Kombination der Kollektivunterschrift eines Gesellschafters mit einem Prokuristen. Dem letztern sind allerdings ausdrücklich auch Immobiliengeschäfte erlaubt; genügt dies aber gegenüber dem frühern Entscheide und ist es überhaupt zulässig?

haben; hier interessiert uns nur die Thatsache, dass entgegen O. 865 eine Firma an dem Orte der Hauptniederlassung auch noch eine Zweigniederlassung einträgt. Vielleicht ist der Ausdruck succursale nur unglücklich gewählt und damit keine eigentliche Zweigniederlassung, sondern nur eine zweite Verkaufsstelle gemeint, wie denn auch oft im deutschen der Ausdruck Filiale, Succursale in diesem Sinne gebraucht wird.

Zum Schlusse der Uebersicht über die Praxis noch ein Kuriosum: In die im Jahre 1891 neu eingetretene Kollektivgesellschaft unter der Firma Hauser & Aberegg (Gurnigel) treten als weitere Gesellschafter Witwe E. Hauser-Uehli und C. von Orelli-Hauser, ohne dass die Firma geändert wird. (S. H. A. B. vom 20. April 1891 Nr. 94 Seite 383.)

Abgesehen von der soeben erörterten, ihm durch die Praxis verliehenen Auslegung, wird wohl gegen O. 869 niemand eine Einwendung erheben. Der Artikel findet sich bei allen modernen Gesetzgebungen, die überhaupt ein Firmenrecht kennen, in ähnlicher Fassung wieder und erleidet auch im deutschen Entwurfe keine Abänderung dem Sinne nach, während allerdings der Wortlaut anders erscheint, indem die früher der unsrigen entsprechende Satzstellung umgedreht und damit die ehemalige Ausnahme zur Regel gemacht wurde und umgekehrt, was auch durchaus den wirklichen Verhältnissen entspricht. Dieser neue § 18 (alt Art. 17) besagt nunmehr:

> „Die Firma einer offenen Handelsgesellschaft hat den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz oder die Namen aller Gesellschafter zu enthalten."

Einstweilen brauchen wir wohl diesen Vorgang nicht nachzuahmen; zu einer Revision des Gesetzes liegt kein Grund vor, wohl aber zu einer solchen der Praxis und zwar zu einer ganz energischen.

Ueber den die Gesellschaft andeutenden Zusatz haben wir schon oben Seite 648 bezüglich des Ausdruckes „und Consorten" und auf Seite 660/1 bezüglich „Gebrüder," „Söhne," „Erben" und „Familie" gesprochen. Der allgemeinste Zusatz ist bis heute „& Cie.," derselbe liesse sich auch noch einfacher durch

„u. s. w.“ oder „etc.“ ersetzen; doch gehören derartige Details nicht ins Gesetz, so oft sie in der Praxis auch Zweifel erregen mögen.

2. Die Firma der Kommanditgesellschaft.

Von einem Widerstreit zwischen Gesetz und Praxis, wie wir ihn bei der Kollektivgesellschaft gefunden haben, treffen wir bei der Kommanditgesellschaft nur vereinzelte Spuren.

Schon im Kreisschreiben vom 29. Mai 1883 musste der Bundesrat bemerken, dass es bei einer aus drei oder mehr Personen bestehenden Kommanditgesellschaft nicht genüge, wenn die Firma zwei Namen enthalte, sondern es sei ein Zusatz erforderlich, welcher das Vorhandensein von mehr, als zwei Personen anzeige.[1])

Im Rekursentscheide vom 15. Februar 1884 (S. H. A. B. vom 16. Februar 1884 Nr. 14, Seite 100) sodann wurde festgestellt, dass dieser Zusatz sich nicht bloss auf die unbeschränkt haftenden Gesellschafter beziehen dürfe. Es handelte sich um eine Kollektivgesellschaft „F. & Söhne,“ zu welcher noch zwei Kommanditäre traten, ohne dass die Firma geändert werden sollte, da sie gesetzesgemäss den Namen eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters und einen ein Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz enthalte. Die Firma wurde mit folgender Motivierung abgewiesen:

Der Bundesrat hielt diesen Zusatz für ungenügend, weil derselbe nicht erkennen lasse, dass ausser den durch die Firma bezeichneten Geschäftsteilhabern noch zwei weitere Teilhaber zur Handelgesellschaft gehören. Damit stellt der Bundesrat den Grundsatz auf, dass eine Firma nicht nur dem Buchstaben des Gesetzes genügen dürfe (wie dies bei der rekurrierenden Firma thatsächlich der Fall war), sondern dass dieselbe auch dem Sinn und Geist des Gesetzes entsprechen müsse. Der Unterschied zwischen diesen zwei Verhältnissen wird sofort klar, wenn wir der Firma „F. & Söhne“ beispielsweise die Firma „F. & Sohn“ oder „Gebrüder F.“ gegenüberstellen. Jede dieser Wortkombinationen bezeichnet das Vorhandensein einer Gesellschaft und erfüllt somit die buchstäbliche Forderung des Gesetzes; aber die Vorstellung, welche jene

---

[1]) S. H. A. B. vom 31. Mai 1883 I. Seite 235.

erzeugen, ist eine ganz verschiedene. Sie sind somit nicht unterschiedslos auf einen und denselben Fall anwendbar.

Damit mag bewiesen sein, dass jeder Zusatz je nach dem besonderen Fall konstruiert sein muss, und zwar so, dass durch denselben keine falsche Vorstellung vom Geschäftsverhältnis entsteht, bezw. das Prinzip der Firmenwahrheit aufrecht erhalten wird. Dieses Prinzip ist in mehreren Artikeln des Obligationenrechtes klar ausgedrückt, wir verweisen diesbezüglich namentlich auf O. 867, 872 und 873.

Wie richtig bemerkt, schreibt allerdings O. 870 nicht direkt vor, der Gesellschaftszusatz müsse die Kommanditgesellschaft als solche d. h. das Vorhandensein einer Kommandite anzeigen; aber es wird das evident so gemeint, und als Ergänzung kann noch der erste Satz von O. 871 beigezogen werden. In diesem Sinne schrieb auch das Eidg. Justizdepartement in seinem Jahresberichte von 1888:

> „Entgegen dieser Bestimmung (des Art. 871) kommt es immer noch vor, dass Registerführer Firmen von Kommanditgesellschaften eintragen, in welchen die Namen von Kommanditären verdeckt figurieren (z. B. Gebrüder Müller)."

Aus dem gleichen Grunde wurde die Firma „Fleiner Vater & Sohn" zurückgewiesen, in welche nach dem Tode des Sohnes und Kollektivgesellschafters der Schwiegersohn als Kommanditär eintreten wollte. Die Differenz lag nicht darin, dass der Schwiegersohn als Sohn wäre bezeichnet worden, also in der Auslegung der Firmenwahrheit, sondern darin, dass damit der Name des Kommanditärs verdeckt in der Firma wäre enthalten gewesen. Es dürfen also Zusätze, die bestimmte Personen andeuten, wie „Söhne," „Gebrüder" und dgl. für die Kommanditgesellschaft nicht verwendet werden, da sie der allgemeinen Auffassung nach auf eine Kollektivgesellschaft hinweisen und die Täuschung hervorrufen, als ob sämtliche Gesellschafter unbeschränkt haften würden.

Wie verhalten sich diese Entscheide nun zu den Gesellschaftsbezeichnungen „Erben" und „Familie," die wir oben bei der Kollektivgesellschaft besprachen. In der Ausdehnung, die sie dort gefunden haben, müssten sie eigentlich auch für eine Kommanditgesellschaft verwendbar sein, denn wir sahen, dass

sie öfters und unbeanstandet auch da auftreten, wo nicht alle Teilhaber den in der Firma enthaltenen Familiennamen tragen, trotzdem sie zu den Erben oder zur Familie gehören. Der Fall, dass ein Erbe oder ein Familienmitglied sich nur mit einer bestimmten Summe beteiligen wollte, könnte sehr leicht vorkommen, und es ist eigentlich merkwürdig, dass dies bisher noch nie geschehen ist. Unserer Ansicht nach müsste eine derartige Firma zurückgewiesen werden, da auch sie zu Täuschungen Anlass gäbe.

Nun wendet man freilich mit Recht ein, dass auch der Zusatz „& Cie.“ nicht unterscheiden lasse, ob eine Kollektiv- oder eine Kommanditgesellschaft vorliege. Hier aber hat man sich einstweilen noch nicht anders zu helfen gewusst, und da diesen Fall jedermann kennt, so wird auch keine Täuschung hervorgerufen. Die Sache liegt hier gleich, wie bei der freien Firmenwahl; man weiss, dass die Firma an sich den Charakter nicht angiebt, also muss man sich eben das Nähere auf dem Handelsregister holen.

Immerhin wird diese Möglichkeit einer Verwechslung als Fehler des Systems anerkannt und sollte daher, wenn irgendwie thunlich, vermieden werden. Wir haben oben bereits angeführt, dass einige ausländische Rechte vorschreiben, die Bezeichnung als Kommanditgesellschaft müsse in Form eines Zusatzes in die Firma selbst aufgenommen werden (Spanien und Portugal S. 578, die drei skandinavischen Staaten S. 586). Auch der deutsche Entwurf hatte in seinen ersten Stadien diese Bestimmung rezipiert und sogar auf die Kollektivgesellschaft ausgedehnt. Der letzte Entwurf liess sie sodann wieder fallen, worüber sich die Denkschrift auf S. 36 ausdrückt, wie folgt:

> Die Forderung, dass auch in die Firma jeder offenen Handelsgesellschaft, sowie jeder Kommanditgesellschaft eine entsprechende Bezeichnung aufzunehmen sei, lässt sich nicht durchführen. Eine derartige Vorschrift würde nicht nur zahlreiche Geschäfte zur Annahme umständlicher Firmen zwingen, sondern auch einen häufigen Firmenwechsel notwendig machen; namentlich müsste ein solcher Wechsel stets eintreten, wenn das Geschäft eines Einzelkaufmanns auf eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, oder wenn umgekehrt das Geschäft

einer Gesellschaft auf einen Einzelkaufmann überginge, desgleichen wenn sich eine Gesellschaft der einen Art durch den Eintritt oder Austritt eines Kommanditisten in eine Gesellschaft der andern Art umwandelt.

Ein Teil der deutschen Gründe fällt für uns weg, da wir die Uebertragung von Firmen nicht kennen; richtig aber bleibt die unliebsame Verlängerung der Firma, sofern der Zusatz, was allerdings sehr leicht wäre, nicht abgekürzt wird. Auch bei der Umwandlung einer Kollektivgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft und umgekehrt böte der Zusatz kein erwähnenswertes Hindernis, weil in der Regel die Firma doch muss geändert werden und es dann auf eine Kleinigkeit mehr nicht ankommt. Bleibt aber trotz dem Wechsel im Charakter der Gesellschaft die Firma dieselbe, so wäre erst recht Grund vorhanden, dies durch einen Zusatz anzudeuten, denn dann liegt die Möglichkeit einer Täuschung am allernächsten. Hat jedoch Deutschland, trotzdem es viel grössere Ursache zur Annahme des Zusatzes besass, als wir, den Vorschlag abgelehnt, so dürfen wir unbesorgt seinem Beispiele folgen.

Es liesse sich jedoch ein anderes, viel sichereres Mittel finden. Das Eigentümliche der Kommanditgesellschaft besteht darin, dass neben einem oder mehreren unbeschränkt haftenden Gesellschaftern sich noch einer oder mehrere befinden, die nur mit einer bestimmten Summe, einem Kapital, haften. Des fernern haben wir gesehen, dass für die Kommanditgesellschaft „& Cie.“ oder „Konsorten“ eventuell „u. s. w.“ oder „etc.“ die einzig möglichen Zusätze sind, diese aber wiederum ihrer Allgemeinheit wegen ebenso gut auch auf die Kollektivgesellschaft passen. Wir müssten also für die Kommanditgesellschaft einen nur bei ihr zutreffenden Zusatz finden, und den haben wir, sobald wir an die beiden Teile denken, aus denen die Gesellschaft besteht, und den Zusatz dem zweiten Teile entnehmen resp. diesem entsprechend mit „& Com.“ (Abkürzung von Commandite) oder „& Cap.“ (Abkürzung von Capital) wählen. Um der Verwechslung mit & Cie. vorzubeugen, könnte der Zusatz ja auch anders ab-

gekürzt, anders geschrieben oder ganz ausgeschrieben werden, also z. B. Müller & Kom. (Kommand., Kommandit.) oder Müller & Kap. (Kapit. Kapital).

Hiedurch wäre mit absoluter Sicherheit jeder Zweifel über den Charakter der Gesellschaft gehoben und die Verwechslung vermieden, ohne dass die Firma wesentlich unhandlicher würde. Letzteres träte erst bei einer Mehrzahl von unbeschränkt haftenden Gesellschaftern ein. Müller & Kom. würde vermutlich als nur einen unbeschränkt haftenden Gesellschafter enthaltend verstanden und hiedurch eventuell eine neue Täuschung hervorgerufen werden. Mit zwei Komplementären entstünde auch noch keine Schwierigkeit, Müller, Meyer & Kom. liesse sich immer noch bequem schreiben, anders freilich bei dreien und mehr unbeschränkt haftenden Gesellschaftern; hier bliebe dann nichts übrig, als die Verbindung einer Kollektivfirma mit der Kommandite, wobei dann wieder ein Name hinreichen würde, also Müller & Cie. & Com., immer noch eine leicht zu handhabende Firma von unzweideutigem Charakter.

Dieser Vorschlag bietet unbedingte Sicherheit, also einen enormen Vorteil, und nur sehr unbedeutende Nachteile, so dass er bei einer Revision des Gesetzes wohl dürfte in Erwägung gezogen werden. Deswegen aber eine Revision zu beantragen, halten wir nicht für gut; denn der jetzige Zustand hat einstweilen noch zu keinen hörbaren Klagen Anlass gegeben.

Bezüglich der bisherigen Praxis müssen wir leider wiederum hervorheben, dass die Entscheide des Bundesrates nicht immer respektiert wurden; so finden wir im Jahre 1891 die Firma Gebr. Dätwyler in Zofingen eingetragen mit einem Bruder als Kommanditär (S. H. A. B. vom 28. November 1891 Nr. 226 S. 916).

Anmerkung: Interessant, aber formell unanfechtbar ist die Firma Hünerwadel & Cie. in Horgen, bestehend aus dem Ehemann Arnold Hünerwadel, als unbeschränkt haftendem Gesellschafter, und dessen Ehefrau als Kommanditärin mit Fr. 1000. (S. H. A. B. vom 3. Januar 1895 Nr. 2, Seite 5). Ob eine solche Association zulässig sei, muss das eheliche Güterrecht, eventuell

Im Anschluss an den früheren § 1330 des Zürcher Gesetzbuches wird die Ansicht geäussert, die Kommanditgesellschaft sei nach aussen gar keine Gesellschaft und bedürfe daher, wie sich § 1330 ausdrückt, keiner Gesellschaftsfirma. Die Gründe, die dafür vorgebracht werden, sind sämtlich nicht stichhaltig. Die Kommandite wird dabei einer Erbschaft oder Schenkung gleichgestellt, die der Komplementär erhalten habe: sie erhöhe im Momente der Gabe das Vermögen des Empfängers und vermehre seinen Kredit, nachher spreche kein Mensch mehr davon. Die Kommandite sei daher nur etwas Momentanes und wirke nicht auf die Dauer. Dieser Auffassung liegen nun eine Anzahl juristischer und kaufmännischer Irrtümer zu Grunde. Erstens soll man nicht einer Aeusserlichkeit zu Liebe zwei juristisch vollkommen verschiedene Dinge zusammenwerfen; die Kommanditsumme geht keineswegs in das Vermögen des unbeschränkt haftenden Gesellschafters über, er ist durchaus nicht Schuldner derselben, sondern es kommt in der That eine Gesellschaft zu Stande, an der sich der Kommanditär in der Regel mit Gewinn und Verlust beteiligt. Das zeigt sich beim Konkurse der Gesellschaft sehr deutlich; denn der Kommanditär hat im Gesellschaftskonkurse keinen Anspruch und im Privatkonkurse des Komplementärs einen solchen nur für das, was er im Gesellschaftskonkurse mehr verloren hat, als sein gesetzlicher und vertraglicher Anteil am Verlust ausmacht. Er stellt sich also gleich, wie jeder andere Gesellschafter. Die Kommanditgesellschaft ist eine echte Gesellschaft und bedarf daher durchaus einer

---

das kantonale Recht entscheiden. Bei der Kollektivgesellschaft Forster-Ganz & Cie. in Bülach zwischen den Ehegatten Fritz Forster und Alwine Ganz wird ausdrücklich die Ratifikation des Bezirksgerichtes Bülach im Sinne von § 616 des Zürcher Privatrechtes citiert. (S. H. A. B. vom 27. November 1893 Nr. 248, Seite 1007). Bei der Kommanditgesellschaft Aug. Engisch & Cie. in Basel, in welcher die Ehefrau als Kommanditärin auftritt, wird erwähnt, dass die Ehegatten in Gütertrennung leben (S. H. A. B. vom 5. Januar 1893 Nr. 3, Seite 12), während bei der Kollektivgesellschaft Conjugi Laorca-Rezzonico in Lugano weder vom kantonalen, noch vom ehelichen Güterrecht etwas gesagt wird (S. H. A. B. vom 30. März 1896 Nr. 92, Seite 377).

Gesellschaftsfirma; denn sie soll dadurch eben von der stillen Gesellschaft, die unser Recht nicht kennt, sowie von einem blossen Schuldverhältnisse unterschieden werden. Dass der Kommanditär nach aussen nicht Gesellschafter sein und sich nur nach innen seinen Mitgesellschaftern gegenüber verpflichten wolle, darf man ruhig als eine unrichtige Annahme bezeichnen, das Wesentliche ist vielmehr die Haftung nach aussen und die dadurch beabsichtigte Vermehrung des Kredites Dritten gegenüber. Dieses Verhältnis soll dem Publikum schon in der Firma angedeutet werden, woran übrigens in weitaus den meisten Fällen der unbeschränkt haftende Gesellschafter selbst das grösste Interesse besitzen wird. Hierüber braucht es wohl kaum mehr vieler Worte. — Aber auch kaufmännisch ist die obige Auffassung falsch; denn erstens einmal wird die Summe durchaus nicht immer sofort oder ganz eingeschossen, manchmal sogar überhaupt nicht, trotzdem kann die Kommandite von grossem Nutzen sein, indem sie den Kredit des Komplementärs hebt, vielleicht sogar so hebt, dass er des Geldes als solchen gar nicht mehr bedarf. Wie manchem Anfänger, den niemand kennt und der daher keinerlei Vertrauen beanspruchen kann, wird dieses dadurch erworben, dass ein bekannter und geachteter Kaufmann ihn kommanditiert. Die blosse Thatsache genügt, um ihm das Vertrauen der kaufmännischen Kreise zu erwerben; denn dass ihm der angesehene Kaufmann, dessen Solidität und Tüchtigkeit man kennt, sein Vertrauen schenkt, überträgt auf ihn einen Teil des Ansehens und Zutrauens, das dieser selbst geniesst. Ueberdies hat der Kommanditär das Recht, Einsicht in die Bücher und eine Bilanz zu verlangen, was einem Kreditor nicht zusteht, der Komplementär kann daher durchaus nicht nach freiem Belieben über die Kommandite verfügen. Sehr oft wirkt auch der Kommanditär persönlich mit, ja es giebt Fälle genug, wo sein Wort geschäftlich mindestens ebenso viel gilt, wie das des Komplementärs, man denke z. B. an den häufigen Fall, dass ein Geschäftsinhaber sein Geschäft einem jüngeren Angestellten oder Verwandten übergiebt und selbst nur noch sich mit einer Kommandite

beteiligt. Auch nach anderer Richtung ist das Ueberwiegen des Komplementärs durchaus nicht immer zutreffend; giebt es doch Gesellschaften, die nach innen eigentlich aus lauter Kommanditären bestehen, indem das Gesellschaftsvermögen in eine Anzahl gleicher Anteile zerfällt, von denen der unbeschränkt haftende Gesellschafter nur einen oder wenige besitzt, so dass er nicht viel zu sagen hat und kaum mehr ist, als ein mit der Geschäftsführung betrauter Angestellter, wie dies ja auch mit den Geranten der Kommanditaktiengesellschaften sehr oft sich so verhält. Was ist denn im Grunde genommen die deutsche Gesellschaft mit beschränkter Haftung viel anders, als eine Gesellschaft aus lauter Kommanditären, von denen dem einen oder dem anderen die Geschäftsführung übertragen ist? Mit solchen Aehnlichkeiten oder Unterschieden, wie sie sich im Geschäftsleben zeigen, kommen wir überhaupt nicht durch; die Grenzen verwischen sich sehr oft, da die finanzielle Beteiligung der einzelnen Gesellschafter eine Menge Variationen zulässt und die Stellung nach innen häufig eine ganz andere ist, als sie sich nach aussen zu erkennen giebt. Auch bezüglich der Geschäftsführung gilt dasselbe; denn bei der Kommanditgesellschaft einerseits kann der Kommanditär die eigentliche Seele des Geschäftes sein, während er vielleicht nur als Prokuraträger oder auch gar nicht die Unterschrift führt, und bei der Kollektivgesellschaft unterscheidet sich andererseits der zur Unterschrift nicht berechtigte Gesellschafter von einem Kommanditär scheinbar sehr wenig. Darauf dürfen wir uns überhaupt nicht einlassen: entscheidend bleibt allein die Haftung nach aussen und je nach dieser die juristische Natur der Gesellschaft, nicht die einzelnen Erscheinungsformen im Verkehr oder die Abmachungen der Gesellschafter unter sich. Ueber die eine Seite, die äussere, regiert das Gesetz, über die andere, die innere, der Vertrag.

Der einzige wirkliche Unterschied zwischen der Einzelfirma und der Kommanditgesellschaft mit nur einem Komplementär soll, wie behauptet wird, im Gesellschaftskonkurse liegen; um einen solchen zu bezwecken, würden sogar Kommanditgesellschaften abgeschlossen. Worin aber dieser Vor-

teil besteht, ist schwer einzusehen; denn was soll der Komplementär erzielen, da er nach Aufzehrung seines Gesellschaftsvermögens doch für den Ausfall haftet. Abgesehen davon fängt man selten ein Geschäft an, um fallit zu werden. Auch diese Behauptung besitzt daher keinen Halt.

Der triftigste Grund, der sich gegen die Firma der Kommanditgesellschaft aufführen lässt, bleibt noch immer der, dass sie sich von derjenigen der Kollektivgesellschaft nicht unterscheiden lässt. Wir haben hierüber schon oben gesprochen. Andererseits trifft derselbe Vorwurf das frühere Zürcher System gegenüber der Einzelfirma, wo liegt nun das grössere Interesse? Könnte im ersteren Falle möglicherweise ein Kreditor geschädigt werden, so schneidet der letztere dem unbeschränkt haftenden Inhaber die Möglichkeit ab, den Kredit des Geschäftes durch die Gesellschaftsfirma zu heben, und letzteres dürfte denn doch der häufigere und wichtigere Fall sein. Ueberdies kann sich der Kreditor durch Einsicht des Handelsregisters vor Nachteil wahren, während der Komplementär sicher den Vorteil verliert, den ihm die Gesellschaftsfirma bietet; wie sehr dieser geschätzt wird, zeigt sich darin, dass oft unbedeutende Kommanditen genommen werden, nur um sich eine Gesellschaftsfirma erwerben oder erhalten zu können.

Auch der Einwand ist nichtig, dass bei einer Aenderung der Kommandite jedesmal auch die Firma sollte geändert werden; denn diese enthält weder den Namen des Kommanditärs, noch die Summe. Beider Aenderungen werden publiziert und können jederzeit im Handelsregister nachgesehen werden, die Firma als solche bleibt mit Recht dadurch unberührt, sie zeigt nach wie vor die Existenz einer Gesellschaft an, mehr nicht, und mehr soll sie auch nicht.

All diese Kasuistik besitzt übrigens keinen Wert, massgebend sind allein die juristischen Prinzipien, und nach diesen liegt eine Gesellschaft vor, also führe sie auch eine Gesellschaftsfirma. In dieser Weise wird das Verhältnis sozusagen in allen modernen Gesetzen angesehen, die überhaupt ein Firmenrecht kennen; und wenn auch der amerikanische Staat

Louisiana [1]) noch auf dem Standpunkt des frühern Zürcher Rechtes steht, so dürfte das für uns kein Grund sein, um uns mit der Rechtsanschauung fast der gesamten zivilisierten Welt zu überwerfen.

Zum Schlusse dieses Abschnittes sei noch des zweiten Satzes von O. 871 Erwähnung gethan:

„Auch darf eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft sich nicht als Aktiengesellschaft bezeichnen, selbst wenn das Gesellschaftskapital ganz oder teilweise in Aktien zerlegt ist.“

Der Satz ist dem Artikel 17 des D. H. G. B. entnommen; während aber dort nur von einer Zerlegung des Kapitales der Kommanditisten in Aktien gesprochen wird, hat man ihn im Obligationenrecht gleichmässig auf die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft ausgedehnt. Vermutlich war er schon im D. H. G. B. eine Ruine, eine obsolet gewordene Massregel gegen frühere, vor dem Gesetze bestandene Missbräuche. Passt er schon kaum mehr in das deutsche Gesetz, so verliert er in der Ausdehnung, wie sie das Obligationenrecht ihm giebt, gegenüber diesem selbst jede Existenzberechtigung. Dass eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft sich nicht als Aktiengesellschaft bezeichnen soll, versteht sich von selbst, denn sie ist eben keine, ebenso dass sie nicht deren Firma annehmen darf, weil dies O. 869, 870 und 873 widersprechen würde.

Eine Zerlegung der Einlage eines Kollektivgesellschafters in Aktien, ist ebenso ungiltig, als zwecklos, da sie von Gesetzes wegen ihre Hauptqualität, die Uebertragbarkeit verlieren müssten. Eine Kollektivgesellschaft besteht nicht aus Einlagen, sondern aus Gesellschaftern, die weder ganz noch teilweise übertragbar, resp. durch andere ersetzbar sind, O. 542, 579. Bei der Kommanditgesellschaft wäre eine Zerlegung des Kommanditkapitales in Aktien denkbar, da es sich hier um eine teilbare Summe handelt; in Anbetracht aber, dass auch der Kommanditär als Person und nicht bloss

[1]) Dessen Gesetz bestimmt überdies noch, dass bei einem Zusatze & Cie, der den Kommanditär betreffe, dieser gleich einem Kollektivgesellschafter hafte.

die Summe eingetragen wird, er persönlich also und nicht das Geld resp. ein cessibler Werttitel Gesellschafter ist und O. 542, 579 sich auf ihn ebenfalls beziehen, wird auch hier der fragliche Satz gegenstandslos. Erscheint eine Kommanditsumme wirklich in Aktien zerlegt, so haben wir keine Kommanditgesellschaft mehr, sondern eine Kommanditaktiengesellschaft.[1])

Da auch der deutsche Entwurf den Satz hat fallen lassen, so wollen wir nicht päpstlicher sein, als der Papst, und ihn bei Gelegenheit einer Revision mit Vergnügen ebenfalls beseitigen. (Vgl. Seite 581.)

Wir kommen zum Schlusse, dass O. 870 keiner Aenderung bedarf, es wäre denn, dass man gemäss dem oben Seite 667/68 ausgeführten Vorschlage den das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz zum Unterschied von der Kollektivgesellschaft näher präzisieren und auf die Kommandite beschränken wollte. Sodann ist der Schlussatz von O. 871 zu entfernen. In Erwägung aber, dass sich bisher in der Praxis keine unheilbaren Uebelstände ergeben haben, bedingen diese zwei Punkte von sich aus noch keine Revision und können geduldig zuwarten, bis eine solche aus andern, dringlicheren Gründen vorgenommen wird.

Die Firma der Kommanditaktiengesellschaft.[2])

Die Firma der Kommanditaktiengesellschaft wird im Obligationenrechte merkwürdigerweise gar nirgends erwähnt. Auch das dürfen wir wohl dem Beispiele des deutschen Rechtes in die Schuhe schieben, indem es die gleiche Unterlassung begeht. Bei ihm war das allerdings begreiflich; denn das D. H. G. B. behandelte die Kommanditaktiengesellschaft noch prinzipiell als Abart der Kommanditgesellschaft, und erst das

[1]) Vgl. Handbuch Seite 185 ff.

[2]) Wir stellen die Kommanditaktiengesellschaft nur darum hier ein, weil wir vom Firmenrechte handeln und die Firma derselben sich nach den Grundsätzen der Kommanditgesellschaft, nicht nach denjenigen der Aktiengesellschaft bildet.

Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884 widmete ihr eine grössere Aufmerksamkeit. In den Hauptpunkten stimmt sie nun mit der Aktiengesellschaft überein, ihre Stellung im System dagegen hat sie beibehalten und bildet demnach ihre Firma nicht nach der Aktiengesellschaft, sondern nach dem Beispiel der Kommanditgesellschaft.

Der deutsche Entwurf übergeht dieses Missverhältnis sogar in der sonst ziemlich ausführlich gehaltenen Denkschrift mit Stillschweigen, nur dass er nunmehr in den von der Firma der Kommanditgesellschaft handelnden Paragraphen auch die Kommanditaktiengesellschaft aufgenommen hat, wie folgt:

> § 18 Abs. 2. „Die Firma einer Kommanditgesellschaft, sowie die Firma einer Kommanditgesellschaft auf Aktien hat den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze, die letztere Firma ausserdem die Bezeichnung „Kommanditgesellschaft auf Aktien“ zu enthalten.

Mit diesem Zusatz wird sie von den andern persönlichen Firmen unterschieden und wieder der Aktiengesellschaft genähert, welche einen entsprechenden Zusatz ebenfalls aufnehmen soll.

Im Obligationenrechte wird die Kommanditaktiengesellschaft von vornherein anders behandelt und in Art. 676 direkt bei der Aktiengesellschaft eingereiht; umso auffallender ist es, dass sie in O. 873, der von der Firma der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft spricht, nicht erwähnt wird. Freilich ist die ganze Stellung der Kommanditaktiengesellschaft eine etwas schiefe, indem aus dem deutschen Gesetze, wo sie passten, einige Vorschriften (bezüglich des Vorstandes O. 676, Ziff. 7) in unser System übernommen wurden, wo sie nicht passen. Doch gehört das nicht hieher; es genügt zu konstatieren, dass weder der Titel XXVI, noch der Titel XXXIII des Obligationenrechts über die Firma der Kommanditaktiengesellschaft auch nur ein Wort enthalten. Allerdings ist hierüber auch bei der Kommanditgesellschaft nichts zu finden, wir sind daher weder nach der einen, noch nach der andern Seite hin gebunden.

Dass man selbst in den gesetzgebenden Kreisen über die Frage nicht im Reinen war, beweist die vom Eidg. Handels- und Landwirtschaftsdepartement herausgegebene Instruktion für Registerführer vom 17. Oktober 1882, welche in ihren Musterformularen für die im Handelsregister vorzunehmenden Einträge die Kommanditaktiengesellschaft nicht hinter der Kommanditgesellschaft, sondern erst hinter der Aktiengesellschaft bringt und sie bezüglich des Eintrages nach Analogie der Aktiengesellschaft behandelt, ohne hinsichtlich der Firma etwas anderes zu bemerken.

In gleicher Weise unterstellte das vom damaligen Redaktor des Handelsamtsblattes Ende 1883 herausgegebenen Büchlein über „Handelsregister und Handelsamtsblatt", das wenn auch keinen offiziellen, so doch einen offiziösen Charakter trug, die Firma der Kommanditaktiengesellschaft den anonymen Firmen und brachte in seinem Eintragsmuster für dieselbe die Firma „Steinbruchgesellschaft Z." (in der französischen Ausgabe „Fabrique de boîtes à musiques de Z.")

Seither hat die Ansicht geändert und die Analogie des deutschen Rechtes die unbestrittene Oberhand bekommen,[1]) worüber sich das Eidgen. Justizdepartement in seinem Jahresberichte von 1888 Seite 38/9 folgendermassen äussert:

> Die Centralstelle kam auch in den Fall, die Eintragung einer Kommanditaktiengesellschaft zu beanstanden, weil dieselbe ihre Firma nach den Grundsätzen des Art. 873 des Obligationenrechtes, also ohne den Namen eines der unbeschränkt haftenden Gesellschafter in dieselbe aufzunehmen, gebildet hatte. Da unser Gesetz die Kommanditaktiengesellschaft nicht wie eine Kommanditgesellschaft behandelt, deren Kommanditkapital in Aktien zerlegt ist (wie es z. B. im Wesentlichen das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch thut), sondern vielmehr als eine Aktiengesellschaft, deren Vorstandsmitglieder über den Betrag ihrer Aktien hinaus noch persönlich für die Verbindlichkeiten der Firma

---

[1]) Uebrigens behandelt auch das franz. Recht die Kommanditaktiengesellschaft in derselben Weise. Sehr deutlich spricht sich das belgische Gesetz aus, Art. 75 : la société en commandite par actions existe sous une raison sociale qui ne comprendra que le nom d'un ou plusieurs associés responsables. Il peut y être ajouté une dénomination particulière ou la désignation de l'objet de son entreprise.

haften, so erhält die Ansicht, dass die Firma einer Kommanditaktiengesellschaft nach den Grundsätzen über die Bildung der Firma der Aktiengesellschaft sich zu richten habe, allerdings einen Schein von Berechtigung. Allein es darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass, trotzdem unser Gesetz die Kommanditaktiengesellschaft nach den für die Aktiengesellschaft geltenden Grundsätzen behandelt, sie im Grunde doch eine Kommanditgesellschaft bleibt. Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft giebt es bei ihr Personen — die Mitglieder des Vorstandes, — welche für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich haftbar sind; dieselben bilden unter sich, wenn es ihrer mehrere sind, gleich wie die unbeschränkt haftenden Mitglieder einer gewöhnlichen Kommanditgesellschaft (Art. 593 O. R.) zugleich eine Kollektivgesellschaft (Art. 676, Ziffer 2, O. R.) Diese persönliche Haftbarkeit der geschäftsführenden Mitglieder wird dem Publikum, gegenüber äusserlich dadurch dokumentiert, dass die Firma den Namen wenigstens einer dieser Personen enthält. Bei der Aktiengesellschaft ist es gerade deshalb verboten, den Namen einer bestimmten lebenden Person in die Firma aufzunehmen, damit im Publikum nicht die irrige Meinung erweckt werde, es seien bestimmte Personen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich haftbar (vgl. Handbuch 322/3).

Das ausführliche Gutachten des Eidgen. Justizdepartementes enthebt uns jeder weitern Erörterung, es fragt sich nur noch, wollen wir uns bei dem gegenwärtigen Stande der Sache begnügen oder wäre hier Grund zu einer Revision. Wir glauben kaum; denn Kaufmannschaft und weiteres Publikum scheinen zufrieden zu sein, und der Jurist braucht sie einer konsequenteren Theorie zu Liebe nicht zu beunruhigen.

Etwas anders verhält es sich mit der Frage, ob wir den vom deutschen Recht verlangten Zusatz aufnehmen wollen oder nicht. Wir haben den entsprechenden Zusatz für die Kommanditgesellschaft im Einklang mit dem deutschen Rechte abgelehnt; wir werden aber bald sehen, dass im Anschlusse an Deutschland und diverse andere Länder unsere Praxis bei der Aktiengesellschaft einen solchen Zusatz vielfach aufgenommen hat; denselben also auch bei der Kommanditaktiengesellschaft zu genehmigen, läge nahe.

Gegenwärtig kann man der Firma nach zwischen einer Kollektiv-, einer Kommandit- und einer Kommanditaktienge-

sellschaft nicht unterscheiden, wählen wir für die letztere eine anonyme Firma, so vermeiden wir zwar die Verwechslung mit den persönlich gebildeten Gesellschaften, laufen aber dafür sofort die gleiche Gefahr gegenüber der Aktiengesellschaft, der Genossenschaft und mannigfach sogar gegenüber dem Vereine, welche alle gleichfalls anonyme Firmen tragen oder doch tragen sollten. Wenn je, so wäre also hier ein Unterscheidungszeichen am Platze, nur müsste dasselbe möglichst kurz sein, da die Firma der Kommanditaktiengesellschaft in der Regel geschrieben, nicht mit dem Stempel gedruckt wird.

Ein Uebelstand hat sich in der Oeffentlichkeit vermutlich darum noch nicht geltend gemacht, weil diese Gesellschaften verhältnismässig selten sind; immerhin muss die Frage gelegentlich einer sonstigen Revision erörtert und entschieden werden, wenn sie auch nicht wichtig genug scheint, um ihretwegen eine solche zu verlangen.

Die Firmen der sogen. Anonymen Gesellschaften: Aktiengesellschaft, Genossenschaft, Verein.

Die anonyme Gesellschaft besitzt, wie ihr Name besagt, eine Firma ohne Personennamen, oder in einem kürzer gefassten Ausdrucke eine unpersönliche Firma gegenüber den bisher behandelten persönlichen. Die société anonyme des französischen Rechtes begreift zwar nur die Aktiengesellschaft in sich, doch wird der Ausdruck heute auch für alle Verbindungen mit unpersönlichen Firmen gebraucht. Bei der Aktiengesellschaft, als dem ersten und massgebenden Institut, kommt ausser der Unpersönlichkeit der Firma auch noch das innere Merkmal hinzu, dass sie überhaupt von den Personen losgelöst erscheint; ihre eigentlichen Mitglieder sind nicht die Aktionäre, sondern die Aktien, nach Aktien berechnet sich das Vermögen, nach Aktien wird gestimmt, nach Aktien wird die Dividende und am Ende das Liquidationsergebnis verteilt. Im Prinzipe ist es durchaus gleichgültig, wer die Eigentümer der Aktien sind, sie können so oft wechseln, als sie wollen,

die Gesellschaft der Aktien bleibt, die Personen kommen nur als Vertreter der letztern in Betracht.

Bei der Genossenschaft ist es ursprünglich anders; auch unser Gesetz noch nimmt prinzipiell persönliche Haftung der Genossenschafter an, basiert das Institut also auf die Personen, nicht auf deren eventuelle Anteilscheine. Im Grunde genommen könnte also die Genossenschaft, von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, ganz gut eine persönliche Firma führen, umsomehr als die Beschränkung derselben auf eine Minimalzahl von 7 Personen, wie sie unser Gesetz aufstellt, rein arbiträr und zufälliger Natur ist, so dass sie denn auch recht wohl verringert oder ganz weggelassen werden könnte. Sie gilt überhaupt nur für die Gründung, während die Zahl später dem Prinzipe nach unbeanstandet auf drei, eventuell sogar auf zwei Personen herabsinken darf. Da die Genossenschaft durchaus die gleichen Geschäfte betreiben kann, wie die Kollektivgesellschaft und überhaupt auch sonst keinerlei hindernder Einschränkung unterliegt, so verschwinden die Unterschiede zwischen einer Kollektivgesellschaft und einer Genossenschaft mit persönlicher Haftpflicht von nur wenigen Mitgliedern fast ganz, so dass auch für letztere eine persönliche Firma nichts Naturwidriges enthielte. Giebt es andererseits doch auch Kollektivgesellschaften mit einer Mitgliederzahl, die diejenige mancher Genossenschaften übertrifft. So finden wir z. B. im S. H. A. B. vom 1. Mai 1893 Nr. 108, Seite 436 unter der Firma Commune de Martigny-Bourg & Cie. eine Kollektivgesellschaft, die aus 37 Privatpersonen und der Gemeinde Martigny-Bourg besteht, von einem alle zwei Jahre neu wählbaren, aus fünf Mitgliedern gebildeten Komite geleitet und nach aussen durch die Kollektivunterschrift des Präsidenten und des Sekretärs vertreten wird. Also eine Kollektivgesellschaft, die von einer Genossenschaft mit persönlicher Haftung wenig mehr abweicht, aber durchaus korrekt gebildet ist. Der juristische Unterschied tritt eigentlich erst wieder bei der Auflösung resp. dem Konkurse zu Tage.

Von der Regel der persönlichen Haftpflicht gestattet das Gesetz abzuweichen, und das geschieht so häufig, dass die

Regel beinahe zur Ausnahme geworden ist und fast nur noch ländliche Genossenschaften die volle persönliche Haftpflicht anerkennen. Das andere Extrem bilden diejenigen Genossenschaften, bei denen nur die Anteilscheine die Haftung ausdrücken; sind dann diese letztern noch frei übertragbar und, wie das auch vorkommt, die Zahl derselben begrenzt, so reduziert sich der Unterschied der Aktiengesellschaft auf ein Minimum.

Für solche Genossenschaften passt dann die anonyme Firma so gut, wie für die Aktiengesellschaft, während sie bei denen mit persönlicher Haftpflicht sich eigentlich mehr nur aus der Vielzahl der Personen rechtfertigen lässt.

Der Verein, das jüngste Gebild dieser Kategorie, (womit natürlich nur die rechtliche Reglierung, nicht die faktische Existenz gemeint sein soll) ist noch so unentwickelt, dass ihn das Firmenrecht gar nicht erwähnt, doch kann für denselben begrifflich nur eine unpersönliche Firma gestattet sein.

Eine andere, viel zu wenig betonte Eigenschaft dieser drei Verbindungen, erfordert unbedingt eine anonyme Firma, das ist ihre Eigenschaft als juristische Personen. Sind sie aber von den physischen Personen so getrennt, dass ihnen das Gesetz erst die Eigenschaft einer Person verleihen muss, so sollen sie auch in ihrem Namen das anzeigen und keinerlei Beziehung zu den physischen Personen unterhalten. Ihr eigentlichstes Kennzeichen nach aussen soll ihr unpersönlicher Name, ihre anonyme Firma sein. Durch diese wird von vornherein kundgethan, dass man es nur mit einem fingierten Wesen, keinen lebenden Personen zu thun habe, dass einem keine solchen haften, und dass man sich also genau erkundigen müsse, welcher Art und Beschaffenheit dieses Wesen sei, ehe man ihm vertraue. Man wendet vielleicht ein, das sei gleichgültig, überall gebe ja doch nur die Kapitalkraft des Gegenkontrahenten den Ausschlag, man brauche also nur diese zu kennen und das treffe Einzelkaufleute, persönliche und unpersönliche Gesellschaften in gleicher Weise; das ist aber nur scheinbar richtig. In vielen, ja fast in den meisten Fällen gilt das Vertrauen zur Person mehr, als das zum blossen

Kapitale; ein Reicher kann zu betrügen, sich seinen Verpflichtungen zu entwinden suchen, während ein weniger Bemittelter dieselben strenge innehält und vielleicht weniger schnell, aber sicherer zahlt. Der Leiter einer Aktiengesellschaft, ein Mitglied eines Verwaltungsrates thut manches, was er als Privatperson nicht thäte, und man sieht mit Recht eine Ursache des schrofferen Verhältnisses zwischen Arbeiter und Arbeitgeber in dem Zunehmen der grossen anonymen Gesellschaften, bei welchen und welchen gegenüber sich das Gefühl des Menschen für seinen Mitmenschen, das Mitleid und die gegenseitige Achtung, abstumpfen und verlieren.

Für denjenigen, der Verbindlichkeiten eingeht und solche von Andern annimmt, ist es wichtig, dass er auf den ersten Blick wisse, wem er gegenüber steht; dieser erste orientierende Blick aber fällt auf den Namen des Gegenkontrahenten, auf die Firma, und deshalb ist es durchaus nicht gleichgültig, wie dieselbe beschaffen sei, ein Umstand der heute viel zu wenig beachtet wird. Verwischt man die Unterschiede, so schädigt man die Sicherheit des Verkehrs.

Betrachten wir nun in erster Linie die Aktiengesellschaft. Das für die Firma dieser geltende trifft fast alles auch für die Genossenschaft zu, wie denn auch für beider Firmen das Gesetz nur den einen Art. 873 aufweist.

O. 873. Aktiengesellschaften und Genossenschaften können ihre Firma frei wählen; nur muss sich dieselbe von jeder bereits eingetragenen Firma deutlich unterscheiden und darf keinen Namen einer bestimmten lebenden Person enthalten.

1. Die Firma der Aktiengesellschaft.

Sind wir schon bei der Kollektivgesellschaft auf eine Praxis gestossen, die sehr bedenklich mit dem Gesetze umgeht, so herrschen im Gebiete der Aktiengesellschaft, vom Standpunkt des Gesetzes aus betrachtet, geradezu tolle Zustände, von denen man gar nicht begreift, wie sie überhaupt konnten zugegeben werden. Man sollte wirklich glauben, das Gesetz sei nur zum Umgangenwerden da und die Registerführer machten sich ein Vergnügen daraus, dasselbe zu über-

treten. Der Vorwurf trifft natürlich in gleicher Weise auch die Aufsichtsbehörden, und die schärfsten Ausdrücke sind milde vom Gesichtspunkte dessen aus, der das Gesetz achtet und eine Verletzung desselben als Unrecht empfindet. Dass gerade den grossen Aktiengesellschaften dies gestattet wurde, macht die Sache nicht besser; gilt denn wirklich für die Grossen das Gesetz bei uns nicht? Und gerade sie mit ihren mächtigen Mitteln, hätten es am leichtesten, eine allfällige Schroffheit des Gesetzes zu ertragen und deren möglicherweise schädliche Folgen zu vermeiden; aber sie haben diese Mittel nicht angewandt, um sich dem Gesetze anzupassen, sondern um dieses ihren Wünschen unterthan zu machen und dasselbe zu beugen. Die Thatsache wird hier um so schlimmer, als nicht etwa wie bei der Kollektivgesellschaft der eine oder andere zweifelhafte Entscheid des Bundesrates vorlag, den man zu seinen Gunsten auslegen und hie und da etwas dehnen konnte. Der Bundesrat hat sich im Gegenteile noch niemals anders, als streng gesetzlich über die Firma der Aktiengesellschaft ausgesprochen, ihn trifft also die Schuld nicht. Und dennoch kann man ihn, vorab das Justizdepartement, nicht ganz unschuldig nennen; denn letzteres wenigstens musste um die Uebertretungen wissen und hätte sie mit Leichtigkeit verhindern können. Es hat aber nicht nur ein, sondern gleich beide Augen zugedrückt.

Die Hauptdifferenz dreht sich um das Verbot des Art. 873, den Namen einer bestimmten lebenden Person in die Firma aufzunehmen. Man mag nun über die Ausdrücke „bestimmt“ und „lebend“ in ihrer Tragweite im Zweifel sein, so wenig das auch dem gewöhnlichen Verstande einleuchten wird; wenn man aber den vollen Namen des das Geschäft selbst leitenden frühern Eigentümers und nachherigen Hauptaktionärs, Verwaltungsratsmitgliedes und Direktors in die Firma der Aktiengesellschaft aufnimmt, so enthält die Firma doch ganz gewiss den Namen einer bestimmten, lebenden Person und damit ebenso gewiss eine Ungesetzlichkeit.

Wir werden auf dieses Verbot später zurückkommen und dann auch gleich die Beweise für dessen Uebertretungen

erbringen; vorerst aber wollen wir uns mit den beiden andern Requisiten von O. 873 beschäftigen.

Eine Anzahl von Rechten[1]) schreiben für die Aktiengesellschaft eine Sachfirma vor, die natürlich nicht beliebig gewählt werden darf, sondern mit dem Geschäftsbetriebe der Gesellschaft im Einklange stehen muss; andere nehmen das nur als Regel an, lassen jedoch Ausnahmen zu, so das deutsche Gesetz, desgleichen der Entwurf, welche übereinstimmend sagen: „Die Firma einer Aktiengesellschaft ist in der Regel von dem Gegenstande des Unternehmens zu entlehnen." Die präzisen darunter haben den Nachteil, dass sie das Gebiet sehr einschränken; bei dem deutschen Rechte und seinen Nachfolgern gerät man in die Schwierigkeit, zu erklären, wo die Regel aufhöre und die Ausnahme anfange. Konsequenter Weise dürfte die Grenze nur da gezogen werden, wo einer neuen Gesellschaft eine Firma müsste verboten werden, weil in dem Kreise derselben bereits eine gleich oder ähnlich lautende besteht. Diese Grenze wird aber nie eingehalten, die Ausnahme wird vielmehr bald von einer sachlichen zu einer persönlichen, von einer objektiven zu einer subjektiven, und damit natürlich zu einer mehr oder minder willkürlichen. Will man in einem Gesetze eine Ausnahme zulassen, so muss man dieselbe auch zugleich genau umschreiben; denn sonst wird sehr oft nach einiger Zeit die Ausnahme zur Regel und die Regel zur Ausnahme. Der Ausdruck „in der Regel" taugt daher in einem Gesetze von vornherein nichts; lieber eine enge Schranke, als eine willkürliche.

Die Beschränkung auf die Sachfirma empfiehlt sich darum nicht, weil sie leicht zu Kollisionen Anlass giebt und das um so eher, als gleichartige Geschäfte sich gerne am gleichen Orte ansammeln. So wäre es für einzelne Teile der Ostschweiz fatal, wenn alle Aktiengesellschaften und Genossenschaften, die ein Stickereigeschäft betreiben, ihre Firmen dem Gegenstand des Unternehmens entlehnen müssten; desgleichen für Zürich und Basel bezüglich der Seidenbranche, für die West-

[1]) Frankreich, Belgien, welch letzteres sich am präzisesten ausdrückt vgl. S. 575/6), die drei skandinavischen Staaten (S. 586).

schweiz in Bezug auf die Uhrenindustrie. Des fernern müsste eine Aenderung der Geschäftsbranche stets auch eine Aenderung der Firma nach sich ziehen. Es wird dies zwar bei solchen Gesellschaften selten vorkommen; denn sie werden stets für einen bestimmten Geschäftszweig gegründet und sind nur für diesen eingerichtet, hören daher in der Regel auf, sobald dieser selbst aufgegeben wird. Dass die Aenderung stattfinden müsste, ergiebt sich aus dem Grundsatze, wonach eine Firma nicht zu Täuschungen darf Anlass geben, auch wenn das Gesetz keine besonderen Bestimmungen darüber enthält.[1]

Unser Gesetz hat, abgesehen vom Ausschluss der Personennamen, die Wahl der Firma freigelassen und jedenfalls gut daran gethan. Somit können beliebige Sach- oder Phantasienamen gewählt werden. — Hiegegen wird wohl niemand ein Revisionsbegehren stellen.

Dieser Freiheit der Firmenwahl stellt O. 873 zwei Bedingungen entgegen.

Die erste derselben ist die, dass sich die Firma von *jeder* bereits eingetragenen deutlich unterscheiden müsse. Wir treffen hier auf eine ähnliche Vorschrift, wie sie O. 868 aufstellt, und müssen nun zusehen, ob sich die beiden decken oder nicht.

O. 868 sagt:

> „Eine in dem Handelsregister eingetragene Firma darf an demselben Orte von keinem Anderen als Firma benutzt werden......“

und fügt dem bei, dass sich die neue Firma von der ältern deutlich unterscheiden müsse. Seinem ganzen Tenor nach redet der Artikel von der persönlichen Firma, sogar genau genommen, nur von der Einzelfirma. Letztere Einschränkung existiert aber nicht, vielmehr geht der Artikel auch auf die Kollektiv-, Kommandit- und Kommanditaktiengesellschaft, nur ist er ungeschickt redigiert und steht am unrichtigen Orte. Hierüber herrscht wohl kein Zweifel. Wenn nun O. 873 dieselbe Vorschrift der deutlichen Unterscheidung jeder neuen Firma von der bereits eingetragenen wiederbringt,

[1] Schweden schreibt die Aenderung der Firma in einem solchen Falle ausdrücklich vor (vgl. S. 586).

so muss damit doch wohl etwas anders gemeint sein, wenn man nicht eine ganz nachlässige Redaktion des Gesetzes annehmen will. Dieses andere liegt nun darin, dass O. 873 den Schutz der Firma nicht an den Ort bindet, wie O. 868, somit denselben, da wir keine Zwischenstufen kennen, auf die ganze Schweiz ausdehnt. Ob man bei der Abfassung des Artikels wohl hieran gedacht und die Schwierigkeiten erwogen hat? Ersteres vielleicht nicht, lezteres keinesfalls, wenigstens schweigen sich die Kommentare darüber aus und verweisen nur von dem einen Artikel auf den andern, was, da jede weitere Bemerkung fehlt, auf eine vermeintliche Uebereinstimmung beider schliessen liesse.[1] Soviel steht fest, dass ein Unterschied nie gehandhabt wurde, und dass er ohne besondere Organisation absolut undurchführbar ist. Wie soll der Handelsregisterführer wissen, ob nicht irgendwo in der Schweiz eine ähnliche anonyme Firma existiert, wie diejenige, welche ihm zum Eintrage gebracht wird, wenn er nicht ein genau nachgeführtes Verzeichnis sämtlicher eingetragener Aktiengesellschaften und Genossenschaften besitzt. Ein derartiges Verzeichnis hat aber niemals existiert, und die Registerführer haben sich wohl keines zu ihrem Privatvergnügen angelegt. In der Praxis wurde daher auch diese Vorschrift nie beachtet, resp. sie galt immer nur im Sinne des Art. 868 für den Ort, nicht für die ganze Schweiz. Da der Bundesrat keinerlei Massregel getroffen hat, um die Ausdehnung auf die ganze Schweiz zu ermöglichen, so dürfen wir wohl annehmen, die Absicht hiezu habe auch gar nie vorgelegen und die ganze Differenz beruhe auf einem Fehler der Redaktion.

Im Ausland freilich hatte man zum schweizerischen Gesetze ein besseres Zutrauen und glaubte wirklich an die

---

[1] Haberstich macht in seinem Handbuche II 790/1 zuerst (?) auf die Differenz aufmerksam und vermutet dahinter eine Absicht, ist jedoch augenscheinlich auch nicht sicher, indem er schreibt: „Die erstere Beschränkung bewegt sich offenbar nicht innerhalb der kantonalen Grenzen.....“ Das Wort offenbar geht auf die Privatmeinung des Verfassers, deren Richtigkeit aber eben nicht absolut feststeht. — Von kantonalen Grenzen kann selbstverständlich keine Rede sein.

Richtigkeit des Wortlautes und an dessen Uebereinstimmung mit dem Willen des Gesetzgebers. So verwahrt sich die Denkschrift zum deutschen Entwurfe ausdrücklich gegen eine derartige Ausdehnung, indem sie schreibt:

„Den Schutz der Firma in räumlicher Beziehung über den Ort oder die Gemeinde der Niederlassung auszudehnen, ist weder erforderlich, noch durchführbar, und es besteht auch kein ausreichender Grund, für die Firma der Aktiengesellschaften nach dem Vorbilde des Art. 873 des Schweizerischen Obligationenrechts in dieser Beziehung etwas Abweichendes zu bestimmen."

So hat denn auch der deutsche Entwurf den ganz richtig und allgemein für alle Firmen passenden Satz des Art. 20 D. H. G. B. in seinem neuen § 28 beibehalten:

„Jede neue Firma muss sich von allen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden."

Weshalb man mit so und so viel andern Artikeln des D. H. G. B. diesen vortrefflichen, nicht aufgenommen, resp. ihn in wenig geschickter Weise verändert und an die unrichtige Stelle gesetzt hat, wird schwer zu begründen sein. Hier hätte unbedingt die Revision eine Aenderung vorzunehmen.

Die Hauptschwierigkeit jedoch bietet, wie wir bereits angedeutet haben, O. 873 bezüglich des Verbotes der Personennamen in der Firma. Hier ist unser Gesetzgeber bewusst und absichtlich von den beiden Vorbildern, dem französischen und dem deutschen Rechte, abgewichen in der Meinung, dass keines sich vollkommen richtig ausdrücke.

Das französische Recht bestimmt:

„La société anonyme n'existe point sous un nom social, elle n'est désigné par le nom d'aucun des associés."

Das deutsche Handelsgesetzbuch Art. 18 Abs. 2 und mit ihm unverändert der neue Entwurf § 19 Abs. 2 sagt:

„Der Name von Gesellschaften oder anderen Personen darf in die Firma nicht aufgenommen werden."

Die deutsche Rechtssprache kennt keine dem französischen Ausdrucke nom social oder raison sociale entsprechende technische Bezeichnung. Der Ausdruck „Handelsfirma" geht weiter, da er die Einzelfirma sowohl, als auch die Aktien-

gesellschaft und die Genossenschaft mitumfasst, ebensowenig passt „Gesellschaftsfirma“ vollkommen, weil zu dieser mindedestens auch die Aktiengesellschaft gehört, während nom social oder raison sociale sich nur auf die Gesellschaften mit einer aus Personennamen gebildeten Firma beziehen (Kollektiv- und Kommanditgesellschaft). Den Gegensatz bilden im französischen Recht raison sociale und raison anonyme, die sich deutsch am besten durch „persönliche“ und „unpersönliche Firma“ wiedergeben lassen, welche Ausdrücke aber das deutsche Gesetz nicht kennt, so dass man zwischen den französischen und deutschen Bezeichnungen wohl unterscheiden muss.

Für den Begriff der Einzelfirma gebraucht es: raison spéciale O. 865 Abs. 2, raison d'un particulier O. 876 Abs. 1 oder bloss raison O. 866. 868. Der Uebersetzer des Handbuchs für Registerführer gebraucht raison individuelle, wohl die beste französische Bezeichnung; auch raison simple kommt vor. Die „Geschäftsfirmen“ treten auf als raisons de commerce et autres, was entschieden nicht glücklich übersetzt ist, umsomehr, als das Obligationenrecht, das keine besondere Klasse von Kauf- und Handelsleuten kennt, raison de commerce durchaus nicht im ausschliesslichen Sinn von Handelsfirma verwendet, vergl. O. 874. Allerdings existiert im Französischen unser allumfassendes und darum freilich auch sehr oft übel angebrachtes Wort „Geschäft“ nicht, so dass O. 865 Abs. 2 statt desselben un commerce, une profession ou une industrie bringt.

[1]) Unser Obligationenrecht wirft alles durcheinander und gebraucht die Ausdrücke je nach Belieben. Im Deutschen macht sich die Sache einfach, da das Wort Firma für alles ausreicht; gesetzlich existiert daher auch der Ausdruck Einzelfirma, der als Gegensatz zur Gesellschaftsfirma nunmehr allgemein gebräuchlich ist, nicht, wie sich auch „Gesellschaftsfirma“ nicht findet. Der einzige allgemeine Ausdruck, der einmal als Ueberschrift der Abteilung II des dreiunddreissigsten Titels vorkommt, ist „Geschäftsfirma.“ Im Französischen ging das nicht so einfach, da dort, wie wir eben gesehen haben, spezielle Ausdrücke für einzelne Arten existieren, während das blosse Wort raison eigentlich eine andere Bedeutung hat und für Firma in unserem Sinne nicht gesetzlich ist. Das Obligationenrecht verwendet alles unterschiedslos.

Die Gesellschaftsfirma, wofür O. 552. 590 jedoch „gemeinsame Firma“ sagen, lautet im Obligationenrecht raison sociale, wird aber entgegen dem Sprachgebrauch des Code auch auf die Aktiengesellschaft und sogar auf die Genossenschaft ausgedehnt O. 552. 590. 612. 616. 873, während allerdings O. 680 bei letzterer dénomination und dazu in Parenthese raison sociale setzt.

In der Regel wird das französische Gesetz so ausgelegt, dass die anonyme Firma schlechthin keinen Personennamen enthalten dürfe und vom objet de l'entreprise genommen sein solle; der massgebende Artikel des Code jedoch spricht nur vom „nom des associés.“ Das deutsche Gesetz geht etwas weiter und verbietet den Namen von „Gesellschaftern oder anderen Personen,“ es will also überhaupt keine Personennamen in der Firma haben. Von Gesellschaftern sollte man heutzutage bei der Aktiengesellschaft, wenigstens bei einer solchen mit Inhaberaktien, gar nicht mehr reden; denn Gesellschafter ist eigentlich die Aktie, nicht die Person. Würde schon bei Gesellschaften mit Namensaktien, die theoretisch Tausende von Personen umfassen können, der Ausschluss von Aktionärnamen sehr schwer und beim steten Wechsel der Aktionäre geradezu undurchführbar sein, so wird er bei Inhaberaktien direkt sinnlos; denn die Eigentümer dieser letzteren wechseln unter Umständen stündlich in durchaus unkontrollierbarer Weise, und deren Namen kennt kein Mensch. Im deutschen Entwurfe hätten daher „die Gesellschafter“ füglich wegbleiben können, umsoeher, als durch den Beisatz der „anderen Personen“ sowieso jede Beschränkung dahinfällt. Es hätte also durchaus dem Sinne entsprochen zu sagen: „Personennamen dürfen nicht in die Firma aufgenommen werden.“

Beim deutschen Gesetze ist ferner noch etwas zu betonen, was in der Praxis meist missachtet wird: Art. 18 gebraucht den Ausdruck „in der Regel“ nur im ersten Absatz, während Absatz 2 absolut lautet; der Gegenstand des Unternehmens ist daher nicht unter allen Umständen für die Firma vorgeschrieben, die Sachfirma als solche also fakultativ, Per-

sonennamen sind dagegen unter allen Bedingungen ausgeschlossen.

Um die Ungenauigkeiten des deutschen sowohl, als auch des französischen Textes zu vermeiden und doch nicht im Ausschlusse von Namen allzuweit zu gehen, hat das Obligationenrecht einen neuen, präziseren Ausdruck gewählt und den „Namen einer bestimmten lebenden Person“ verboten. Die Absicht war gut, der Erfolg sehr zweifelhaft. Befragt man allerdings nur den sogen. gesunden Menschenverstand über den Sinn des Ausdruckes oder den Willen des Gesetzgebers, so dürfte kaum ein Zweifel entstehen; sobald sich aber die persönlichen Interessen hineinmischen und im Dienste dieser der Kaufmann den Juristen zu Hilfe nimmt, so verwirrt sich der klare Sinn dergestalt, dass in Kurzem nicht einmal mehr der Urheber des Gesetzes weiss, was er gewollt hat. Das letztere gewinnt wenigstens einen Anstrich von Wahrscheinlichkeit, wenn man sieht, welche Art von praktischer Auslegung des Art. 873 die Behörden haben durchgehen lassen.

Darüber kann nicht der leiseste Zweifel bestehen, dass man keine Namen in der Firma wollte, die irgendwie auf eine thatsächlich existierende, physische Person sollten bezogen werden können. Der Zweck war ein doppelter, einerseits wollte man jeden Schein einer persönlichen Haftbarkeit ausschliessen, andererseits sollte die anonyme Gesellschaft sich schon in der Firma von jeder anderen unterscheiden. Der innere, materielle Gegensatz zwischen der Einzelfirma und den Gesellschaften, für deren Verbindlichkeiten bestimmte, physische Personen haften, und den erst durch das Recht selbst geschaffenen Rechtssubjekten, den juristischen Personen, für deren Verbindlichkeit nur das Vermögen der juristischen Person selbst haftet, sollte von vornherein schon aus der Firma ersichtlich sein, damit jeder Gegenkontrahent beim ersten Blick oder Wort bereits erkennen könne, mit wem er es zu thun habe.

Um keinen Zweifel aufkommen zu lassen, suchte der Gesetzgeber seinen Willen möglichst genau zu präzisieren,

darum stellte er auf zwei Eigenschaften der Person ab, deren Namen er verbot, sie muss „bestimmt lebend“ sein. Das heisst nun nicht etwa, sie muss bestimmt leben, es darf kein Zweifel darüber herrschen, ob sie lebt; sondern es soll heissen bestimmt und lebend. Leider ergiebt sich schon hier in den drei Originaltexten eine Verschiedenheit, die zu Kontroversen kann benuzt werden. Das italienische Original schliesst sich dem deutschen an und redet von alcuna determinata persona vivente, während der französische Text nur den nom d'une personne vivante verbietet. Augenscheinlich betrachtete der französische Redaktor eine lebende Person als immer zugleich auch bestimmt, was, wie wir nachher sehen werden, doch nicht unter allen Umständen zutrifft. Wir müssen das annehmen, anderenfalls läge eine ungebührliche Nachlässigkeit oder eine falsche Auffassung vor.

Das Wort „bestimmt“ ist von entscheidender Bedeutung. Wollten wir allein auf das Prädikat „lebend“ abstellen, so müssten wir nicht nur die Namen positiv existierender Personen ausschliessen, sondern auch solche, deren blosse Existenzmöglichkeit vorläge. Damit würde die Beifügung irgend eines Personennamens fast zur absoluten Unmöglichkeit, da der Begriff „lebend“ einem unbegrenzten sozusagen gleichkommt; denn wer wollte ermitteln, ob für einen Personennamen nicht irgendwo ein Träger lebt. Sogar reine Phantasie- oder Mythologiebenennungen müssten ausgeschlossen werden, weil erfahrungsgemäss auch solche als Namen von Menschen vorkommen und also die Gefahr, dass der Name einer lebenden Person gewählt würde, nicht vermieden wäre. Ueber dieses Bedenken ist man mit Recht hinweggeschritten.

Ebenso unsicher ist der Begriff einer bestimmten Person. Alexander der Grosse und Katharina II. bezeichnen ganz bestimmte Personen, sie leben aber nicht mehr und können daher ungeniert verwendet werden, sofern nicht nach neuerm Muster allenfalls ein Nachkomme eine Majestätsbeleidigung darin erblickt.

Es müssen also stets beide Erfordernisse, bestimmt und lebend, erfüllt sein, doch auch damit wird die Absicht des

Gesetzes nicht vollkommen erreicht. Meyer, Müller, Schulze sind zweifellos Namen bestimmter lebender Personen, und doch wird wohl niemand behaupten, dass darunter bestimmte lebende Personen verstanden werden müssten. Sogar der Zusatz eines Vornamens dürfte nicht immer genügen, um das Kennzeichen einer bestimmten lebenden Person zu erfüllen; denn die Namen Johann Müller, Jakob Meyer, Friedrich Schulze sind so zahlreich, dass wir schon genauer sonstiger Unterscheidungen benötigen, um aus denselben ein bestimmtes Individuum herauszulesen. Dennoch darf ein solcher Name nicht benützt werden, selbst wenn derselbe nur fingiert und des Sichersten nachgewiesen wäre, dass keinerlei Johann Müller u. s. w. mit der Gesellschaft in irgend welcher Verbindung steht; weil immerhin der Name zum Irrtum verleiten würde oder könnte, dass ein wirklicher Träger desselben in dem Geschäfte beteiligt sei.

Die Namen mythologischer oder historischer Persönlichkeiten sind selbstverständlich gestattet, da sie weder lebenden Personen angehören, noch zu einer Täuschung Anlass geben können (Franz Joseph Bahn, Elektrizitätsgesellschaft Prometheus).

Unter gewissen Umständen hat der Bundesrat aber auch Personennamen zugelassen. So im Beschluss vom 19. Oktober 1883 (S. H. A. B. vom 1. November 1883, Nr. 44, I, Seite 427), wo er sich folgendermassen äussert:

> „Namen von lebenden Personen dürfen in Firmen von anonymen Gesellschaften vorkommen, wenn sie eine rein sachliche Bedeutung haben und keine persönliche Haftbarkeit andeuten, beziehungsweise keine Person als persönlich haftbaren Interessenten erscheinen lassen (z. B. Aktiengesellschaft für Gewinnung des Amman'schen Gesundheitsöles)."

Wo also der Personenname zur Bezeichnung einer bestimmten Sache geworden ist und er in der Firma nicht die Täuschung hervorrufen kann, als ob dessen Träger hafte, oder als ob überhaupt eine persönliche Firma vorliege, da darf er gebraucht werden (Liebig Fleischextraktfabrik, Lloyd und ähnliche), während die „Aktiengesellschaft Leu & Cie." hiemit nicht begründet werden konnte und daher vom Stand-

punkte des Gesetzes aus des Entschiedensten zu verwerfen ist, denn dass der Name Leu & Cie. zur Sachbezeichnung für ein Bankgeschäft geworden sei, wird wohl niemand behaupten wollen.

Schon bedenklicher wird die Frage da, wo der Erfinder, mit dessen Namen eine Sache verbunden ist, noch lebt. Ob derselbe mit der Verwendung seines Namens einverstanden sein muss oder nicht, berührt uns hier nicht, sondern bloss das, ob wirklich eine Sachfirma vorliege, die zu keinem Irrtum über die persönliche Beteiligung Anlass geben könne, und das ist eine reine Thatfrage, die im einzelnen Falle untersucht werden muss. Betriebsgesellschaft der Patente Danischewsky, Société d'exploitation du Brevet Suisse J. Reuse, Aktiengesellschaft der von Roll'schen Eisenwerke, Gesellschaft für Photographie Röntgen, Edisons Elektrizitätswerke, Fabrik von Maggi's Nahrungsmitteln und ähnliche stehen auf der Grenze des mit O. 873 verträglichen; die letzte Firma z. B. kann man noch annehmen, während die vorletzt erwähnte sollte zurückgewiesen werden. Entscheidend ist also wesentlich die Fassung, der eigentliche Wortlaut der Firma.

So wurde in einem Spezialfalle vom Herbste 1883 die Firma „Chocolat Ph. Suchard" abgelehnt, dagegen bloss „Chocolat Suchard" angenommen. Das Eidgenössische Justizdepartement erklärte sich bei diesem Anlasse dahin:

> „Das Gesetz will für die Aktiengesellschaften und Genossenschaften eine Sachfirma und keine persönliche Firma. Der deutsche Gesetzestext spricht wie der italienische von dem Namen einer bestimmten lebenden Person, der nicht in der Firma erscheinen dürfe. Das Publikum soll vor Irrtum betreffs der Haftbarkeit bestimmter Personen bewahrt werden, das ist der Zweck des Gesetzes: der Unsicherheit wegen halten wir es für gefährlich, dem persönlichen Elemente in der Firma einer Aktiengesellschaft bezw. Genossenschaft einen Spielraum zu gewähren und gewissen hierauf bezüglichen Velleitäten der Gründer solcher Gesellschaften zu willfahren. Im Zweifel sprechen wir uns für den gänzlichen Ausschluss eines Personennamens aus der Firma einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft aus."

Aehnlich hat sich, wie wir oben gesehen haben (Seite 691) der Bundesrat ausgesprochen. — Bundesrat und Eidg. Justiz-

departement resp. dessen Sekretär waren im Oktober 1883 dieselben, welche jahrelang an der Schaffung des Obligationenrechtes auf das Intensivste mitgearbeitet hatten, sie mussten also wissen, was der Gesetzgeber mit dem Ausdrucke „bestimmte lebende Person" gemeint hatte, da sie selbst Gesetzgeber waren; und so ungeschickt ist der Ausdruck doch auch nicht, dass man nachher mit demselben den Willen des Gesetzgebers hätte in sein Gegenteil verkehren können.[1])

Den Beweis, dass dies thatsächlich geschehen ist, wollen wir nunmehr antreten, indem wir die im Schweizerischen Handelsamtsblatte niedergelegte Praxis durchgehen und zwar nicht der chronologischen Reihenfolge, sondern der Intensität nach, mit der sie sich zu dem Wortlaute des Gesetzes und dem so unzweideutig kundgegebenen Willen des Gesetzgebers in Widerspruch stellt.

Der häufigste Fall, bei dem es von Interesse ist, einen Personennamen in die Firma aufzunehmen, wird selbstverständlich derjenige sein, bei dem es sich um die Umwandlung eines bisher unter einer persönlichen Firma betriebenen Geschäftes in eine Aktiengesellschaft handelt. Hier liegt ein ganz ähnliches Verhältnis vor, wie bei der Uebertragung der Firma. Hat das Gesetz diese in O. 874 verboten, so soll es auch nicht vermittelst des Art. 873 umgangen werden. Dass in beiden Fällen oft gewichtige, materielle Interessen auf dem Spiele stehen, liegt ausser Frage; aber eben so unfraglich wollte das Gesetz auf dieselben keine Rücksicht nehmen. Bei diesen Umwandlungen kommt ferner noch der Umstand als erschwerend hinzu, dass die Namen, welche man in der Firma zu behalten wünscht, stets diejenigen der frühern Besitzer sind, welche in der Regel auch in der Aktiengesellschaft die Hauptinteressenten bleiben, ja sogar sehr oft als Delegierte, Präsidenten oder Direktoren die Leitung, wie früher, beibehalten. Die

---

[1]) Vgl. zu diesen Ausführungen: S. H. A. B. vom 27. Oktober 1883, II, Nr. 127, Seite 945 und vom 1. November 1883, I, Nr. 44, Seite 427. — Schneider & Fick: Kommentar Seite 942 3. Rossel: Manuel Seite 920. Haberstich: Handbuch Seite 791. Handbuch für Registerführer Seite 290 1. — Zeitschr. f. Schweiz. Recht, N. F. XIV, Seiten 376 ff.

Ungesetzlichkeit ist eine dreifache, erstens wird der Buchstabe des Gesetzes in der flagrantesten Weise verletzt, indem es sich hier stets um ganz bestimmte lebende Personen handelt, zweitens wird der Sinn desselben, der Wille des Gesetzgebers, missachtet, weil die frühern und nachherigen Gesellschafter und Leiter, also die allerinteressiertesten Personen in Betracht kommen, drittens giebt es gar kein einziges Verhältnis, das so leicht zu Verwechslungen und Täuschungen führen kann, als dieses. Um diesem Vorwurfe zu begegnen, hat man zwar in vielen Fällen die Bezeichnung „Aktiengesellschaft" in die Firma aufgenommen, doch kennt einmal unser Gesetz dieses in andern Rechten sogar vorgeschriebene Mittel nicht, zum andern wird dadurch die formelle Verletzung von O. 873 nicht im Leisesten gemildert.

Merkwürdig ist, dass mit diesem Einbruche bis 1889 gewartet wurde, während doch gewiss auch schon vorher gleiche Verhältnisse und Bedürfnisse vorlagen. Selbst als auf Ende 1887 alle dem Gesetze zuwiderlaufenden Statuten gemäss O. 898 und auf Ende 1892 sogar alle dem Obligationenrechte widersprechenden Firmen laut O. 902 mussten geändert werden, zeigte sich dieser Drang nicht. Bloss die schon erwähnte Aktiengesellschaft Leu & Cie. wurde ausnahmsweise beibehalten, andere gab es entweder nicht, oder sie unterwarfen sich dem Gesetze. Man huldigte also vor der Einführung des Obligationenrechtes strengern Prinzipien und achtete in den ersten Zeiten dasselbe mehr, als später. Ein zweiter merkwürdiger Zug ist der, dass sich dieser Erhaltungstrieb nur bei den Aktiengesellschaften zeigte, während eine Menge anderer zum Teil sogar sehr alter und bedeutenderer Geschäfte mit persönlichen Firmen sich dem Gesetze unterwarfen und ihre Firmen auf Ende 1892 änderten. Es kam augenscheinlich nur darauf an, wer am ungeniertesten vorging und die besten Mittel zu finden wusste; dieser Ruhm gebührt der Zürcher Firma Orell Füssli & Cie., die im Jahre 1889 ihren Willen durchzusetzen verstand, während die ungleich bedeutendere Chokoladefabrik Suchard sich im Jahre 1883 dem Gesetze unterzogen hatte.

Von den nunmehr folgenden Fällen können wir die von 1889 bis Frühjahr 1895 datierenden kursorisch durchgehen, da sie in dem schon öfters citierten Aufsatze über die Entwicklung des Schweiz. Firmenrechts (Zeitschrift für Schweiz. Recht N. F. Band XIV S. 379 ff.) des Ausführlichen erörtert sind.

Am wenigsten vom Gesetze weichen ab:

1. Zwilchenbart, Schweizerische Aktiengesellschaft für Auswanderung in Basel (S. H. A. B. vom 11. Januar 1890 Nr. 5 S. 22). Ein lebender Zwilchenbart existiert in der Schweiz nicht mehr.

2. Maschinenfabrik Burckhardt, Aktiengesellschaft in Basel (S. H. A. B. vom 12. Juli 1890 Nr. 103 S. 544). Der frühere Eigentümer und nunmehrige Oberleiter heisst Burckhardt, er ist die Seele des Geschäftes, an ihm und seinem Namen hängt wesentlich dessen Gedeihen; aber Burckhardt ist ein in Basel sehr häufiger Name.

3. Annoncenexpedition Haasenstein & Vogler, Aktiengesellschaft (S. H. A. B. vom 30. Dezember 1890 S. 910). Weder ein Haasenstein, noch ein Vogler ist ersichtlicher Weise beteiligt; beide fallen nicht unter die bestimmten lebenden Personen, wohl aber stellt sich die Firma als eine in O. 874 verbotene Uebertragung der frühern Firma Annoncenexpedition Haasenstein & Vogler dar.

4. Elektrizitätsgesellschaft Alioth (Aktiengesellschaft) in Arlesheim, Baselland (S. H. A. B. vom 10. April 1895, Nr. 98, S. 413). Die frühere Firma hiess R. Alioth & Cie., deren Gesellschafter Rud. Alioth ist nun der oberste Leiter der Aktiengesellschaft.

Sehr bedenklich dagegen und meist in mehrfacher Weise das Gesetz verletzend sind folgende Firmen:

5. Aktiengesellschaft Schweizerische Annoncenbureaux von Orell Füssli & Cie. in Zürich (S. H. A. B. vom 5. März 1889, Nr. 36, S. 201). Personen Namens Orell und Füssli sollen zwar in Zürich keine mehr vorhanden sein, doch beschränkt bekanntlich O. 873 den Begriff der bestimmten lebenden Person nicht auf den Ort der Firma; immer-

hin sind wenigstens bei den unterschriftsberechtigten Personen keine dieses Namens. Dagegen blieb die Kollektivgesellschaft Orell Füssli & Cie., die nur einen Teil ihrer Geschäftsbranche in obige Aktiengesellschaft umwandelte, für den andern Teil neben der Aktiengesellschaft bestehen. Es existierten also thatsächlich zwei Firmen Orell Füssli & Cie.; denn die langen Zusätze werden ja im Verkehr doch nicht beachtet. Daneben trugen die gleichen Hauptbeteiligten dieser beiden Gesellschaften noch eine weitere Aktiengesellschaft unter Firma Art. Institut Orell Füssli ein (S. H. A. B. vom 28. Oktober 1890, Nr. 155, S. 763). Hier ist nicht nur eine Täuschung und Verwechslung auf Seite des Publikums leicht denkbar, sondern deren Vermeidung wird sozusagen unmöglich; O. 874 ist selbstverständlich damit ebenfalls umgangen.

6. Aktiengesellschaft der Maschinenfabriken von Escher Wyss & Cie. in Zürich (S. H. A. B. vom 3. August 1889, Nr. 133, S. 647). Als unterschriftsberechtigter Delegierter des Verwaltungsrates zeichnet Konrad Escher, zugleich Teilhaber der auch noch weiter existierenden Firma Escher Wyss & Cie. in Liq. (O. 874?).

7. Aktiengesellschaft V. Glutz-Blotzheim's Nachfolger in Solothurn (S. H. A. B. vom 14. August 1890, Nr. 119, S. 614). Die Firma übernimmt Aktiven und Passiven der alten (vor 1883) Firma Viktor Glutz-Blotzheim's Nachfolger, wodurch zu allem andern auch noch die dem Obligationenrecht widersprechende alte Firma, die Ende 1892 hätte geändert werden müssen, beibehalten und gerettet wird. Eine lebende Person Namens V. Glutz-Blotzheim existiert vielleicht nicht mehr, wohl aber erscheint als zeichnungsberechtigter Präsident Ernst Glutz-Blotzheim.

8. Aktiengesellschaft der Tuch- und Buckskinfabrik von Fleckenstein-Schulthess in Wädensweil, Zürich (S. H. A. B. vom 10. Juni 1891, Nr. 131, S. 533 und vom 3. Februar 1894, Nr. 24, S. 96) Fortsetzung der frühern Firma Fleckenstein-Schulthess, in welcher als Delegierte des Verwaltungsrates zeichnen Fritz und Walter Fleckenstein.

9) Société anonyme des usines Aeby, Bellenot & Cie. in Biel. (S. H. A. B. vom 16. Februar 1893, Nr. 37, S. 149), Nachfolgerin der Firma Aeby, Bellenot & Cie., mit den Administratoren Alfred Aeby u. Arthur Henry François Bellenot. Das gäbe nach unserm Gesetz das schönste Muster für eine Kommanditaktiengesellschaft, aber nicht gemäss O. 873 für eine Aktiengesellschaft. — Daneben blieb bis zum 15. März 1893 die Kommanditgesellschaft Aeby, Bellenot & Cie. ruhig bestehen (S. H. A. B. vom 20. März 1893, Nr. 69, S. 277). Am 16. Januar 1897 hat sich dann die Firma abgeändert in Metallgiesserei und Armaturenfabrik Lyss (Fonderie et Robinetterie de Lyss) und behielt obigen A. H. F. Bellenot als Direktor bei. (S. H. A. B. vom 21. Januar 1897, Nr. 17, S. 73.) Nun steht sie wieder auf gesetzlichem Boden, den sie vielleicht gar nie verlassen hätte, wenn ihr der ungesetzliche Eintrag wäre verweigert worden. Weshalb sie die Aenderung vorgenommen hat, ergiebt sich aus den Publikationen im S. H. A. B. nicht; aus Gewissensbissen über die Misshandlung des Art. 873 schwerlich, und wegen des Ausscheidens von Alfred Aeby aus der Administration wäre sie auch nicht nötig gewesen; denn, einmal mit den Namen eingetragen, wird sie durch Ausscheiden der Träger dieser Namen nicht schlechter, sondern höchstens etwas weniger ungesetzlich.

10. Aktiengesellschaft der Spinnereien von Jb. & And. Bidermann & Cie. in Winterthur (S. H. A. B. vom 17. Mai 1893, Nr. 119, S. 480) Uebernehmerin der Firma Jb. & And. Bidermann, geleitet durch den Direktor Jakob Andreas Bidermann.

11. Société des établissements Jules Perrenoud & Cie. in Cernier mit dem Direktor Jules Perrenoud. (S. H. A. B. vom 2. Juli 1897, Nr. 175, S. 721.)

12. Verlagsanstalt Benziger & Cie. A.-G. in Einsiedeln. (S. H. A. B. vom 1. Mai 1897, Nr. 123, S. 506.) Fortsetzung der Kommanditgesellschaft Benziger & Cie., woneben auch noch eine Kollektivgesellschaft Benziger & Cie. existiert. Die drei Direktoren heissen alle Benziger und waren die unbeschränkt haftenden Gesellschafter der frühern Kom-

manditgesellschaft, deren ehemalige Kommanditäre Louis G. und Niklaus Karl Benziger jedenfalls im Verwaltungsrate sitzen. Die reine Familie auf Aktien.

13. Aktiengesellschaft der Eisen- und Stahlwerke von Georg Fischer in Schaffhausen (S. H. A. B. vom 11. Mai 1896, Nr. 131, S. 540). Umwandlung der frühern Firma Georg Fischer, deren Inhaber als Delegierter des Verwaltungsrates oberster Leiter des Geschäftes bleibt!

14. Aktiengesellschaft der Möbel- und Parquetfabrik von Robert Zemp in Luzern. (S. H. A. B. vom 3. Juni 1897, S. 609.) Umwandlung der frühern Firma Robert Zemp. Als Direktor zeichnen Robert Zemp, als Subdirektor Robert Zemp jr.

Die zwei letzten Nummern gehören zum Stärksten, was man an Gesetzesüberschreitung bieten kann.

Der Zweck dieser sämtlichen Gebilde ist der, sich die alte Firma zu wahren; mit wenigen Ausnahmen (Nr. 1, 2 und 4) verletzen sie also alle ausser Art. 873 auch noch Art. 874, es wäre denn, dass man, was aber wohl niemand zu stande bringen dürfte, deren Uebereinstimmung mit O. 873 nachweisen könnte. Nun besitzt ja bei Uebernahme bestehender Geschäfte die alte Firma unzweifelhaft einen Wert, worauf wir in einem nachfolgenden Abschnitte noch einlässlicher zurückkommen müssen; der Gesetzgeber war sich dessen auch vollkommen bewusst, aber er wollte hierauf absichtlich kein Gewicht legen und schätzte die Firmenwahrheit, das allgemeine Interesse höher, als das private. Um auch dieses nicht ganz zu verdrängen, gestattete er das Beifügen eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes, den man auch in den vorliegenden Firmen durch Einschiebung des Wörtchens „vormals“ oder kürzer „vorm.“ sehr leicht hätte anbringen können. Die Firma wäre mit Einschaltung von vier Buchstaben korrekt geworden und hätte dann des viel längern Wortes „Aktiengesellschaft“ gar nicht bedurft.[1] Wenn man nun hiegegen

[1] Eine richtige Lösung bieten z. B. die Firma „Aktiengesellschaft vormals F. Martini & Cie.“ in Frauenfeld. (S. H. A. B. vom 4. August 1897, Nr. 203, S. 834), sowie die Firma „Aktienbrauerei Thun (vormals Gottfr. Feller)“ (S. H. A. B. vom 13. Aug. 1897 Nr. 211, S. 865).

aufführt, dieses Mittel verfehle den Zweck, indem dann entweder die alte Firma im Verkehr allmählich verschwinde oder die neue nicht aufkomme, so ist das nicht stichhaltig. Verschwindet nach und nach die alte Firma oder überhaupt der Personenname, so ist damit bewiesen, dass derselbe überflüssig war, resp. nicht den ihm beigelegten Wert besass, und dass also das Gesetz durchaus gerechtfertigt ist; hält das Publikum an demselben fest, so geschieht damit kein Unrecht, indem sich aus der Firma wenigstens keine Täuschung ergiebt. Der Nachteil kommt jedenfalls dem Vorteil gegenüber, dass dann das Gesetz gewahrt bleibt, kaum in Betracht. Hätten die Registerführer ihre Pflicht gethan und den Eintrag zurückgewiesen, es würde sich schwerlich auch nur eine der Firmen geweigert haben, die kleine Einschaltung aufzunehmen. Geht doch sogar der deutsche Entwurf viel weiter, indem er die Personennamen verbietet und überdies noch den Zusatz „Aktiengesellschaft“ verlangt.

Ueberhaupt muss es auffallen, dass alle diese gesetzwidrigen Einträge so ohne alles Aufsehen konnten vollzogen werden, dass nie ein Rekurs nötig war und auch nie die vorgesetzten Behörden, die kantonale Aufsichtsbehörde, die Zentralstelle in Bern, das Eidg. Justizdepartement oder der Bundesrat, eingegriffen haben. Und doch waren alle diese verpflichtet, dem Gesetze Achtung zu verschaffen. Sollten am Ende wir mit unserer behaupteten Gesetzesverletzung im Irrtum sein und sich die Firmen wirklich aus dem Obligationenrechte begründen lassen? Auf diese Begründung wären wir in der That begierig; der Bundesrat hat schon so viel unwichtigere Dinge durch Kreisschreiben zur Kenntnis des Volkes gebracht und speziell in Handelsregistersachen dieses Mittel öfters angewendet, warum hier nicht, da doch umsomehr Ursache dazu vorlag, als er sich zusamt seinem Justizdepartement im Herbste 1883, wie oben berichtet, so deutlich im Sinne unserer Auslegung des Gesetzes ausgesprochen hat. Aenderte er seither seine Ansicht und liess sich eines bessern belehren, weshalb that er das nicht kund, damit der loyale Jurist seinen Irrtum hätte einsehen und berichtigen können?

Nach einer derartigen Praxis hat die Revisionsfrage überhaupt gar keinen Zweck mehr; denn ist die Praxis gesetzlich zu rechtfertigen, dann braucht man keine Revision, und ist sie's nicht, dann schaffe man erst einmal dem Gesetze Achtung, bevor man an dessen Revision geht. Vierzehn Firmen, möglicherweise auch noch ein paar mehr, haben das Gesetz übertreten, hunderte haben dasselbe gehalten; was besitzen diese vierzehn für ein Vorrecht, warum wurde ihnen ein solches eingeräumt, sind sie mehr als die andern und soll ihre Stimme mehr gelten, als die Stimme des ganzen Volkes, das das Gesetz annahm und aus dessen Mitte auch noch nicht eine einzige Beschwerde oder Klage sich erhoben hat?

Zwar geht das Gerücht, es seien anlässlich der Firma Orell Füssli Verhandlungen gepflogen worden, die Firma habe eine ganze Reihe von Advokaten und darunter sogar einige Professoren für ihre Ansicht gewonnen, und durch deren Gutachten das Eidg. Justizdepartement von ihrem Rechte überzeugt; öffentlich ist leider hierüber nichts bekannt geworden.

Wie wir sehen, hat der Gesetzgeber mit seiner Abweichung vom deutschen und französischen Rechte keinen guten Griff gethan; er wollte präziser sein, als die beiden, und muss sich nun eine Auslegung, sofern es sich überhaupt noch um eine solche handelt, gefallen lassen, an die er nie im Traume gedacht hat, und die, wie die Botschaft des Bundesrates und der oben citierte Beschluss vom 18. Oktober 1883 sowie das damalige Gutachten des Eidg. Justizdepartements (vergl. Seite 691/92) deutlich beweisen, seinem Willen direkt entgegengesetzt ist. Durch die aufgeführten Firmen wird nicht nur dem Wortlaut, sondern in eben so hohem Grade dem Willen, dem Zweck des Gesetzes entgegen gehandelt.

Durch die Ausdrücke „bestimmt lebend“ wollte das Gesetz im Gegensatz zum D. H. G. B. den bisherigen Zweifel lösen, ob durch das Verbot der Personennamen alle Namen schlechthin untersagt seien oder nicht. Es sollten demnach die Namen verstorbener oder überhaupt nicht existierender

(historischer, mythologischer u. dergl.) Personen gestattet sein, desgleichen Namen, die eine sachliche Bedeutung angenommen haben, dagegen alle diejenigen verboten werden, die den Gedanken an eine persönliche Haftung der Träger hervorrufen könnten; des fernern sollte ein Gegensatz zwischen persönlichen und unpersönlichen Firmen hergestellt und deutlich markiert werden. Mit Ausnahme der unter Nr. 1, 2 und 4 erwähnten verletzten die genannten Firmen alle diese Punkte unbedingt, darüber kann es wohl kaum eine Meinungsverschiedenheit geben. Das einzige, was sie hiegegen zu ihren Gunsten anführen können, ist der Zusatz „Aktiengesellschaft." Auch dieses Hilfsmittel ist Deutschland entlehnt, diesmal aber nicht dem Gesetz, sondern der Uebung. Dort hatte dieses Vorgehen einen guten Zweck und geschah nicht gegen, sondern im Sinne und zur Ergänzung des Gesetzes. Da letzteres nämlich die Uebertragung der Firma zulässt, so konnte es leicht vorkommen, dass eine Aktiengesellschaft eine Einzel-, Kollektiv- oder Kommanditfirma führte, woraus sich natürlich allerlei Verwechslungen und Irrtümer ergaben. Um solche zu vermeiden, fügten die betreffenden Gesellschaften ihrer Firma den Zusatz „Aktiengesellschaft" bei, und aus dem gleichen Grunde hat der deutsche Entwurf dieses Gewohnheitsrecht aufgenommen und will es zum Gesetz erheben. Bei neuen Firmen dagegen sind und bleiben auch in Deutschland Personennamen verboten, ob der Zusatz Aktiengesellschaft dabei steht oder nicht. Die gerügten Firmen wären also in Deutschland als neue Firmen gerade so ungesetzlich, wie sie es in der Schweiz sind, und als „abgeleitete Firmen" können sie sich nicht entschuldigen, weil das Obligationenrecht solche ausdrücklich verbietet. Die deutsche Praxis würde also durchaus mit Unrecht zur Stützung derselben in Anzug gebracht, falls jemand überhaupt sich dieser zweifelhaften Aufgabe widmen wollte. Selbst wenn wir daher nach Vorgang des deutschen Entwurfes den Zusatz „Aktiengesellschaft" ebenfalls als gesetzliches Erfordernis aufnehmen wollten, so würde dadurch am bisherigen Verhältnisse nichts geändert und lediglich die gesetzliche Anforderung um ein neues Requisit bereichert, also verschärft.

Ohne die Bezeichnung als Aktiengesellschaft würden sich die obigen unter Nummer 1. 2. 7. 8. 13 und 14 aufgezählten Firmen nicht von einer Einzelfirma, die übrigen nicht von Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften unterscheiden. Wird der Zusatz „Aktiengesellschaft“ weggelassen, was ja im Verkehr in der Regel eintritt, so ist die Verwechslung unvermeidlich. — Welch unerwartete Folgen das haben kann, sehen wir daraus, dass das Bundesgericht die nach dem Gesetze unzweifelhaft richtig gebildete Firma der Kollektivgesellschaft Swiss Condensed Milk C° Lapp & Cie beanstandete, weil sie sich nicht genügend von einer Aktiengesellschaft unterscheide: „à sa lecture le public peut être induit à croire qu'elle désigne une société anonyme puisque, *exceptionnellement du moins,* des noms de personnes peuvent figurer dans les raisons de sociétés anonymes; or la loi a précisément voulu exclure la possibilité d'une telle confusion. Da haben wir rein die verkehrte Welt: weil ungesetzlicher Weise eine Anzahl Aktiengesellschaften Personennamen, ja sogar ganze Personenfirmen in ihre Firma aufgenommen haben, soll eine gesetzlich richtig gebildete Kollektivfirma abgeändert werden. (Urteil vom 15. Juni 1895. — Entscheidungen Bd. XXI. S. 605.)

Prüfen wir nun O. 873 auf seine Revisionsbedürftigkeit, so kommen wir wieder zu einem ähnlichen Resultat, wie bei anderen der besprochenen Artikel. Eine Notwendigkeit zu revidieren liegt nicht vor; denn die wenigen zweifelhaften Punkte beruhen entweder auf Missverständnis, wie die Frage über den örtlichen Schutz der Firma und dessen Ausdehnung (vergl. hievor S. 207), oder auf einer absolut unhaltbaren Praxis, für die es im Gesetze überhaupt keine Frage mehr und keine Auslegung giebt. Unternimmt man aber einmal eine Revision, so sollte man natürlich die Möglichkeit des oberwähnten Missverständnisses beseitigen, und dann dürfte es sich vielleicht empfehlen, statt des Namens der bestimmten lebenden Person überhaupt jeden Personennamen zu verbieten, wobei auf dem Wege der bundesrätlichen Interpretation die historischen, mythologischen, sowie zu Sachbezeichnungen

gewordenen Namen immer noch gewahrt bleiben könnten. Phantasie- oder Heiligennamen und blosse Vornamen, die alle keine physische Person bezeichnen und also auch nicht zu Täuschungen Anlass bieten, sind selbstverständlich zulässig (z. B. Versicherungsgesellschaft Phönix, Pflegeanstalt St. Joseph, Goldgrube Eleonore, Elektra).

Sollen wir nach dem Beispiel des deutschen Entwurfes den Zusatz „Aktiengesellschaft" aufnehmen? Wenn die bisherige Praxis bestehen bleibt und die vierzehn Bevorzugten Nachfolger finden sollen, dann müssen wir notgedrungen zu diesem Mittel greifen; siegt aber O. 873, so ist dasselbe überflüssig, denn dann sind Firmen wie die angeführten unmöglich.

Eine Schwierigkeit ergiebt sich auf Grund des geltenden Rechtes. Macht man den Zusatz zu Ehren jener Kontravenienten obligatorisch, so erhalten wir zwei Möglichkeiten:

1. Man verlangt den Zusatz lediglich bei abgeleiteten Firmen, d. h. solchen, welche die alte Firma ganz oder teilweise weiter führen, beziehungsweise in sich aufnehmen; alsdann gehört es sich aber auch, dass O. 873 dementsprechend abgeändert werde und zu Gunsten solcher abgeleiteter Firmen eine deutliche Ausnahme festsetze. Dann werden sich natürlich diese Firmen sehr rasch vermehren, und man begeht zudem eine Ungerechtigkeit gegenüber den neu gegründeten Unternehmungen, welche ebenso gut, wie die umgewandelten ein Interesse daran haben können, persönliche Namen in ihre Firmen aufzunehmen.

2. Man schafft das Verbot in seiner jetzigen Fassung ab und gestattet überhaupt Personennamen, sofern in die Firma der Zusatz Aktiengesellschaft aufgenommen wird. Dann darf man aber jedenfalls nicht die Aufnahme beliebiger Personennamen zugeben; denn sonst geraten wir mit der Firmenwahrheit in Widerspruch. Man dürfte also nur solche Namen erlauben, deren Träger im Geschäfte beteiligt sind; damit stellen wir jedoch den ganzen juristischen Begriff der Aktiengesellschaft auf den Kopf und rufen beim Publikum unbedingt die Täuschung wach, als ob der in der Firma Genannte per-

sönlich haftbar oder doch mindestens der oberste Leiter oder der Hauptaktionär sei. Letzteres könnte ja bei Beginn der Gesellschaft zutreffen, dann müsste man aber konsequenter Weise die Firma ändern, sobald dieses Verhältnis der Wirklichkeit nicht mehr entspräche.

Der Zusatzzwang müsste jedenfalls auch rückwirkend gemacht und also auch die bisherigen Aktiengesellschaften demselben unterworfen und zu einer Aenderung ihrer Firmen gezwungen werden. Damit erregt man aber vielleicht noch mehr Unzufriedenheit, als bisher.

Behalten wir also O. 873 in seinem jetzigen Bestande, oder ändern wir ihn so, wie er eigentlich gemeint ist, d. h. verbieten wir die Personennamen überhaupt.

Eine Schwierigkeit ergiebt sich auf Grund des geltenden Rechtes einzig bei den mit einem blossen Geschlechtsnamen ausgestatteten Firmen (Maschinenfabrik Burckhardt etc.), welche man mit der Begründung, dass es sich um keine bestimmte Person handle, erlauben könnte, sofern in der Leitung der Gesellschaft keine so heissende Person vorkommt. Hier liegt eine Verwechslung mit ähnlich gebildeten Einzelfirmen sehr nahe; so sind z. B. Basler chemische Fabrik Bindschedler, Baugeschäft Tschaggeny, Thonwarenfabrik Allschwil Passavant-Iselin als Einzelfirmen durchaus richtig gebildet, könnten aber geradesogut obigen Mustern gemäss auch Aktiengesellschaften sein, nur dass der in der Einzelfirma vorkommende Name derjenige des Inhabers sein muss, während er bei der Aktiengesellschaft umgekehrt keiner der beteiligten Personen angehören darf. Hier wäre also der Zusatz „Aktiengesellschaft“ sehr am Platze, weil damit eine Täuschung oder Verwechslung verhindert würde. Eine andere Frage ist die, ob eine solche Spezialbestimmung sich zur Aufnahme in das Gesetz eigne, und das glauben wir besser zu verneinen. Schreibt man dagegen in einem allgemeinen, von den Zusätzen handelnden Artikel zum Beispiel vor, dass dieselben zu keinen Täuschungen Anlass geben dürfen, so kann man immer auf dem Verordnungswege in Anlehnung an diese Vorschrift eine Aktiengesellschaft, die einen solchen

Familiennamen in ihrer Firma besitzen will, zwingen, den sie von der Einzelfirma unterscheidenden Zusatz „Aktiengesellschaft“ in ihre Firma aufzunehmen, so dass dann die ohne diese Bezeichnung existierende Firma eine Einzelfirma wäre.

Zum Schlusse noch eine kurze Bemerkung. Die Eidgenössische Bank ruft im Ausland gemeiniglich die Vermutung einer Staatsbank wach und zwar mit Recht; denn käme die projektierte Staatsbank zu Stande, so müsste sie eigentlich eben diesen Titel führen, da gerade er dem offiziellen Sprachgebrauch am genauesten entspricht. Die bestehende Eidgenössische Bank hat zwar seit einigen Jahren den Zusatz Aktiengesellschaft in Klammern aufgenommen; aber das verschwindet im Verkehr natürlich, für diesen bleibt sie eben die Eidgenössische Bank nach wie vor, und die zukünftige Staatsbank könnte die Firma selbst dann nicht mehr verwenden, wenn sie der jetzigen Besitzerin entzogen würde. Aehnliches gilt von Firmen, in welchen Kantonsnamen vorkommen; diese sollten nur dann erlaubt sein, wenn wirklich der Kanton dabei beteiligt ist und eine Haftung für die Verbindlichkeiten übernommen hat; anderenfalls wird auch hier das Publikum leicht irre geführt, weil es aus Namen auf die Haftpflicht zu schliessen pflegt. In diesem Punkte sollte eine eventuelle Revision gleichfalls Wandel schaffen.

2. Die Firmen der Genossenschaft und des Vereins.

Die Genossenschaft und der Verein werden am besten zusammen behandelt, da öfters Uebergänge zwischen beiden stattfinden, so dass es nicht immer sicher scheint, welches Gebilde vorliege.

a) **Genossenschaft.** Die Firmenbildung der Genossenschaft ist ebenfalls O. 873 unterstellt, das bei der Aktiengesellschaft Gesagte trifft daher mit wenigen Modifikationen auch bei ihr zu.

Die anderwärts bestehende Vorschrift, dass die Bezeichnung „Genossenschaft“ oder „eingetragene Genossenschaft“

in die Firma müsse aufgenommen werden, kennt unser Recht nicht, doch bilden viele der hieher gehörigen Verbindungen ihre Firmen von vornherein schon mit dem betreffenden Worte, und zwar als integrierendem Bestandteil, nicht als Zusatz; so die meisten beruflichen und landwirtschaftlichen Genossenschaften (Milchgenossenschaft, Käsereigenossenschaft u. s. w.). Sehr oft wird aber, was sich juristisch als Genossenschaft muss eintragen, im Leben als Verein bezeichnet und daher in vielen Fällen das Wort „Verein" in die Firma gesetzt, wo eigentlich streng genommen Genossenschaft hingehörte. Da bis zum Obligationenrecht in der Schweiz weder Genossenschaft, noch Verein, oder doch nur sehr selten, kantonal regliert waren, so hatten sich diese Bezeichnungen auch nicht als technische Ausdrücke gefestigt und wurden daher vielfach die eine für die andere gebraucht. Hier konnte das Obligationenrecht umso weniger eine entscheidende Wirkung ausüben, als es selbst den Verein äusserst spärlich behandelt und mit seinen wirtschaftlichen Vereinen sofort zu allerlei Zweifeln und Missdeutungen Anlass gegeben hat.

Wenn das Gesetz die Vereine in einem besonderen Titel aufführt, so will es doch augenscheinlich dieselben von den anderen Personenverbindungen, also auch von den Genossenschaften, trennen; wenn es des ferneren in Art. 717 die wirtschaftlichen Vereine in einem und demselben Satze neben den Vereinen mit idealem Zwecke nennt, so anerkennt es doch unzweifelhaft deren Existenz als Vereine.

Es war daher eine ziemlich willkürliche Auslegung, wenn gleich nach dem Inkrafttreten des Obligationenrechtes das Eidgen. Justizdepartement die Existenz wirtschaftlicher Vereine frank und frei bestritt und sie ohne weiteres unter die Genossenschaften verwies. Die Behauptung wurde dadurch nicht viel überzeugender, dass sie der Bundesrat im Jahre 1888 anlässlich des Rekurses der Sparkassagesellschaft in Arth mit den Worten bestätigte:

„Der Art. 717 des Obligationenrechtes will nicht eine besondere neue Gesellschaftsart mit wirtschaftlichem oder finanziellem Zwecke aufstellen, sondern lediglich die Rechtsfolge be-

stimmen, welche die Unterlassung der Eintragung im Handelsregister für einen wirtschaftlichen Verein (Gesellschaft, Genossenschaft) nach sich zieht.“ (S. H. A. B. vom 26. Januar 1888, Seite 85.)

Was das Gesetz will, das soll es sagen, und wo es so deutlich spricht, wie in Artikel 717, da kommt man mit der Willensinterpretation zu spät. Der Rekursentscheid vom 20. Januar 1888, dem obiger Passus entstammt, war an sich ganz richtig, aber nicht aus dem angeführten, mehr als problematischen Grunde. Der Unterschied zwischen einem wirtschaftlichen Verein, dessen Existenz nun einmal nicht zu läugnen ist, und einer Erwerbsgesellschaft besteht darin, dass letztere zum Nutzen ihrer Mitglieder arbeitet, das Vermögen ihnen gehört und bei der Liquidation unter sie verteilt wird, während all das beim erstern wegfällt, da der Zweck nicht auf den privaten, sondern auf den allgemeinen Nutzen geht. So kann man Volksküchen, öffentliche Speiseanstalten sehr wohl als wirtschaftliche Vereine annehmen, sie erfüllen einen wirtschaftlichen Zweck und dienen der Allgemeinheit. Eingetragen sollen sie werden, da sie möglicherweise einen grossen Umsatz haben, Verbindlichkeiten eingehen und der Rechtspersönlichkeit für ihren Bestand nicht entbehren können; sie sind Erwerbsgesellschaften, aber nicht zum persönlichen Nutzen der Mitglieder, sondern zu dem der Allgemeinheit. Ihr Zweck ist ein wirtschaftlicher, aber nicht ein privatwirtschaftlicher, sondern ein volkswirtschaftlicher. Die Formation eines Vereins passt hier um so mehr, als jede andere der gesetzlich anerkannten Verbindungen nicht passen würde und nur gezwungener und widernatürlicher Weise könnte verwendet werden. Besässe man den wirtschaftlichen Verein in O. 717 nicht schon, man müsste ihn sofort extra schaffen; so sind wir besser daran und wollen den bundesrätlichen Entscheid resp. das darin enthaltene Motiv ruhig der Vergessenheit anheimfallen lassen.[1])

Bezüglich der Benennung resp. der Firma werden, wie oben angedeutet, Verein und Genossenschaft sehr oft durch-

[1]) Vgl. Handbuch für Registerführer Seite 364.

einander geworfen und deren Bezeichnungen verwechselt. Anlässlich des Eintrages der römisch-katholischen Genossenschaft Schönenwerd sprach im Jahre 1884 das Justizdepartement von Solothurn in einer an den Bundesrat gerichteten Anfrage die Ansicht aus, dass religiöse Gesellschaften nur als Vereine und nicht als Genossenschaften in das Handelsregister sollten eingetragen werden, indem gemäss O. 716 Personenvereinigungen mit idealem Zwecke als Vereine eintragbar seien, während die Genossenschaft einen wirtschaftlichen Zweck erfordere. Das Eidg. Handels- und Landwirtschaftsdepartement, dem damals das Handelsregister unterstand, antwortete hierauf nach Einholung eines Gutachtens des Eidg. Justizdepartementes:

„Wir sind ganz damit einverstanden, dass solche Korporationen, Genossenschaften, Verbindungen und wie immer sie sich benennen mögen, nach Massgabe der Artikel 678, 716 und 717 O. R. nur als Vereine in das Handelsregister eingetragen werden sollten. In casu glauben wir, dass das Wort Genossenschaft in der Firma vorkommen dürfe, wenn im Uebrigen die Korporation als Verein im Sinne von O. R. 716 bezeichnet wird.“

Wir hielten es nun zwar in casu und sonst für besser, wenn juristisch-technische Ausdrücke, wie Genossenschaft, nicht auch für Verbindungen, die juristisch keine Genossenschaften sind, gebraucht würden; doch ist der Ausdruck „Religionsgenossenschaft“ ein so volkstümlicher und gebräuchlicher, dass gegen denselben nicht gut aufzukommen ist. Immerhin dürfte eine derartige Abweichung vom Gesetze, das nun einmal in O. 678 für die Genossenschaft einen gemeinsamen Zweck des wirtschaftlichen Verkehrs verlangt, nur ausnahmsweise gestattet werden und also die Ansicht des Eidg. Justizdepartementes nicht ohne weiteres zu generalisieren sein.

Andererseits werden bekanntlich eine Art der allerintensivsten Genossenschaften, die Konsumvereine, im Volksmund als Vereine bezeichnet, während sie nie als solche im Handelsregister dürften eingetragen werden. Auch diese Anormalität wird man sich wohl oder übel müssen gefallen lassen. Hier

wäre allerdings der Zusatz Genossenschaft in der Firma sehr am Platze.

Eine andere Art von Genossenschaften pflegt diese Bezeichnung gerne zu vermeiden; es sind dies die in der Form von Genossenschaften gegründeten Banken, als deren Vorbild die „Schweizerische Volksbank“ kann angesehen werden. Da bei einem derartigen Unternehmen ausserordentlich viel von der Frage der Haftbarkeit abhängt und das Publikum dasselbe in der Regel als Aktiengesellschaft mit bestimmtem Kapital vermutet, so sollte eigentlich auch hier die Bezeichnung „Genossenschaft“ beigefügt werden. Dann weiss jedermann, dass kein bestimmtes haftbares Kapital besteht und die Garantie bloss in der Zahl und der Solvabilität der Mitglieder liegt, welche beide sehr schwankend, einmal gross, einmal klein sein können.

Besonders in jüngster Zeit wurde die Form der Genossenschaft öfters zu Bankgeschäften verwendet, so z. B. die am 6. Mai 1897 in Bern eingetragene „Schweizerische Hypothekenbank in Bern“ (Crédit foncier Suisse à Bern), bei deren Eintrag zu lesen ist: „Das Kapital der Stammanteile ist vorerst auf den Betrag von zwanzig Millionen Franken (zwanzigtausend Stammanteile à Fr. 1000.—) limitiert.“ Nun braucht statutengemäss der Betrag nicht sofort einbezahlt zu werden, es können also Mitglieder wieder austreten, ohne je ihre Stammanteile einbezahlt zu haben. Ueberdies existierten beim Eintrag nur 7 Genossenschafter, von denen schwerlich einer viel mehr als einen Anteil übernommen und einbezahlt hat. Es kann also das ganze Kapital aus 7000 nicht einbezahlten Franken bestehen, und doch wird eine Publikation zugelassen, die für jedermann, der die Verhältnisse nicht genau kennt, also für den weitaus grösseren Teil des Publikums, ein vorhandenes oder garantiertes Kapital von Fr. 20,000,000.— vermuten lässt (S. H. A. B. vom 11. Mai 1897, Nr. 130, Seite 533). — Der Zusatz „Genossenschaft“ würde an dieser Thatsache zwar nicht viel bessern, aber der Gegenkontrahent doch darauf aufmerksam gemacht, dass er es nicht mit einer Aktiengesellschaft, also einem bestimmten, einbezahlten Kapital zu

thun hat, sondern mit einer Genossenschaft mit veränderlichem Kapital. Zudem kann die Genossenschaft auf 3, möglicherweise sogar auf 2 Mitglieder herabsinken, ohne dass nach aussen eine Veränderung bemerkbar wird; welche Folgen das haben kann, brauchen wir wohl nicht erst aufzuzählen.

Eine zweite ähnliche Genossenschaft bildet die am 10. Juni l. J. in Basel eingetragene „Unionbank.“ Auch diese wurde mit nur 7 Mitgliedern gegründet, sie enthält in den Statuten den der Form nach wortgetreu gleichen Satz, wie die vorige: „Das Kapital der Stammanteile ist vorerst auf den Betrag von 12,650,000 Franken = 50,000 £ (12500 Stammanteile zu 1012 Franken = 40 £) limitiert,“ nur hat hier der Registerführer diesen Satz nicht in die Publikation aufgenommen, weil er sich an die Vorschrift des vom Eidg. Justizdepartemente herausgegebenen Handbuches für Registerführer S. 286 hielt, wonach nur wirklich gezeichnetes und einbezahltes (bei der Aktiengesellschaft eventuell mit 20 % einbezahltes) oder doch garantiertes Kapital darf eingetragen und publiziert werden (S. H. A. B. vom 14. Juni 1897 Nr. 157 S. 646). Aus der Uebereinstimmung der citierten beiden Sätze, sowie aus einer sonstigen Vergleichung der beiden Publikationen des Handelsamtsblattes, des fernern aus dem Umstande, dass in beiden Genossenschaften jeweilen der Vorstand, welcher zugleich als einziger zeichnungsberechtigter Direktor auftritt, nur aus einer Person besteht, darf man wohl nicht mit Unrecht einen Zusammenhang der beiden Institute vermuten. Die gleiche und sonst wohl selten bei einem derartigen Institut vorkommende Eigentümlichkeit, dass der gesamte Vorstand inklusive Direktion nur aus einem Mitgliede besteht, findet sich auch bei der in Basel seit dem 24. Mai 1884 eingetragenen Genossenschaft unter der Firma Schweizerische Rentenbank (S. H. A. B. vom 5. Juni 1884 Nr. 45). Leider lässt dies das Gesetz zu (O. 695 Abs. 2), wie desgleichen bei der Aktiengesellschaft der gesamte Verwaltungsrat auch nur aus einer einzigen Person bestehen kann (O. 649 Abs. 2). Man denke sich nun einmal die Schweizerische Hypothekenbank in Bern mit 20 Millionen und nur

einer einzigen Person als Vorstand und Direktor! — Bei diesen Artikeln des Obligationenrechtes, sowie bei den Bestimmungen über das Kapital der Aktiengesellschaften und der Genossenschaften läge wahrlich auch ein Grund zu einer Revision und zwar zu einer ausgiebigen.[1])

Die neueste Bankgenossenschaft ist die am 5. August 1897 in Zürich eingetragene „Bank für Prämienwerte," bei der jedoch nichts Besonderes zutrifft, als dass von Bankmitgliedern, anstatt von Genossenschaftern, bald von Bankanteilen, bald von Geschäftsanteilen und von Geschäftsvermögen, anstatt von Genossenschaftsvermögen gesprochen wird. Das kann ebensowohl einer unpräzisen Redaktion der Statuten, als einer beabsichtigten Vermeidung des ominösen Wortes „Genossenschaft" entstammen. Immerhin sollten in der offiziellen Publikation des Handelsregisters derartige unsichere Worte ver-

---

[1]) Bezüglich der Firma richtig gebildet, aber ebenfalls unter Angabe eines festen Grundkapitals von Fr. 150,000 in 150 Anteilscheinen von je Fr. 1000, die zur Zeit des Eintrages weder alle gezeichnet, noch einbezahlt waren, existiert seit dem 7. Juli l. J. in Zürich die „Baugenossenschaft Bellaria." (S. H. A. B. vom 12. Juli 1897 Nr. 183, Seite 751). — Ganz bedenklich in dieser Hinsicht ist die Genossenschaft Brauerei Seefeld-Zürich (S. H. A. B. vom 26. Dezember 1894 Nr. 277, Seite 1138) mit einem bestimmten Kapital von 327 auf den Inhaber! lautenden Anteilscheinen von je Fr. 500, welche voll einbezahlt sind und durch deren Uebertragung die Mitgliedschaft erlischt. Eintrittsgelder, Jahresbeiträge und übrige Leistungen der Mitglieder existieren nicht! Dafür wird auf die Anteilscheine eine Vordividende von 4% bezahlt, für welche sogar der Reservefonds kann in Anspruch genommen werden, also geradezu eine feste Verzinsung entgegen O. 630. Erst in zweiter Linie kommt der Reservefonds mit 5—10% entgegen O. 631 Abs. 1, der Rest wird als Superdividende für die Anteilscheine verwendet. Mitglied wird jeder, der einen der 327 Anteilscheine erwirbt. — Eine zum voraus bestimmte und einbezahlte Anzahl von frei übertragbaren Inhaberaktien bildet demnach die Grundlage der Genossenschaft, welche sich von einer Aktiengesellschaft nur noch dadurch unterscheidet, dass sie sich über die Vorschriften dieser hinwegsetzt und vielleicht auch mit dieser Absicht als Genossenschaft konstituiert worden ist. Auf alle Fälle hätte sie der Registerführer in dieser Fassung nicht annehmen sollen.

Die beiden Beispiele gehören zwar nur indirekt im Anschluss an die vorerwähnten Bankgenossenschaften hieher, sie zeigen aber, wie auch in andern Gebieten, als im Firmenrecht, mit dem Gesetze umgesprungen wird.

mieden und nur die bestimmten technischen Ausdrücke gebraucht werden (S. H. A. B. vom 7. August 1897 Nr. 206 S. 846).

Desgleichen werden Sparkassen, die meistens auch Bankgeschäfte betreiben, öfters als Genossenschaften organisiert, so die bereits auf S. 706 erwähnte „Sparkasse in Arth.“ [1])

Da sich die Genossenschaft bei richtiger Bildung in der Firma von der Aktiengesellschaft nicht unterscheiden lässt, so läge auch schon formell ein Grund vor, die Bezeichnung als Genossenschaft zu verlangen, nebenbei kämen wir damit auch in Uebereinstimmung mit dem deutschen und einer Anzahl anderer Gesetze. Wir haben den entsprechenden Zusatz, sofern O. 873 nicht in bisheriger Weise missachtet wird, bei der Aktiengesellschaft als unnötig erklärt; er empfiehlt sich dagegen bei der oft in das Verkehrsgebiet der Aktiengesellschaft eingreifenden Genossenschaft auch darum, weil, wie gesagt, dieselbe durch ihr variables Kapital der Verkehrssicherheit viel gefährlicher wird, als jene, und weil überdies noch die Haftpflicht der Genossenschafter eine sehr verschiedene sein kann, da wir Genossenschaften mit voller persönlicher Haftpflicht, solche mit beschränkter und solche ohne persönliche Haftpflicht kennen. Am besten würde der Zusatz zugleich auch den Grad der Haftpflicht angeben, wie das z. B. die Gesetzgebung Schwedens verlangt (vgl. hievor S. 586). — Bei einer Revision des Gesetzes wäre also mindestens die Bezeichnung „Genossenschaft“ für die Firma vorzuschreiben, sei es als integrierender Bestandteil der Firma selbst, sei es als Zusatz.

b. **Verein.** — Die Firma des Vereins wird in dem von den Firmen handelnden Abschnitte des Gesetzes gar nicht erwähnt, O. 716 Abs. 2 spricht lediglich von dem „Namen;“ doch nimmt man allgemein an, dass O. 873 auch für den

---

[1]) Die im Schweizerischen Ragionenbuch von 1895, amtliche Ausgabe, als Kollektivgesellschaft angegebene Spar- und Leihkasse Schwyz beruht hoffentlich bezüglich dieser Angabe auf einem Irrtum, sonst böte sie einen schlimmen Beitrag zum schweizerischen Firmenrecht.

Verein gelte. In der That handelt es sich um eine anonyme Verbindung, für deren Verbindlichkeiten nur die juristische Person haftet, und die daher eines Gesamtnamens, einer Firma, bedarf. Ueber den wirtschaftlichen Verein haben wir schon oben S. 707 gesprochen; dieser erfreut sich in der Regel, da er pekuniäre Interessen vertritt, einer ordentlichen Organisation, während es beim Verein mit idealem Zwecke öfters an einer solchen mangelt; einen Namen, eine Firma jedoch, besitzen stets beide. Infolgedessen werden beim idealen Verein auch seltener Verwechslungen mit einer Erwerbsgesellschaft zu befürchten sein. Eine einschränkende Vorschrift über O. 873 hinaus, wie die Beifügung eines charakterisierenden Zusatzes, scheint kaum nötig; die Hauptsache, auf der man auch hier unbedingt bestehen sollte, und die nicht immer innegehalten wird,[1] ist das absolute Verbot von Personennamen in der Firma; denn der Ausschluss der persönlichen Haftpflicht ist ja das wesentliche Moment, weshalb es überhaupt einen Zweck hat, ideale Vereine in das Handelsregister aufzunehmen.

Sollte je O. 873 so ausgelegt werden, dass der örtliche Schutz seiner Firmen für das Gebiet der ganzen Schweiz gelten würde, so müssten selbstverständlich die Vereine mit idealem Zwecke davon ausgenommen werden, da sie rein lokaler Natur sind und man sonst unter den vielen Männerchören, Liederkränzen und Turnvereinen sich unmöglich mehr zurecht fände. Es gelänge das nur durch die Vorschrift, dass jeder derartige Verein den Namen des Ortes, an dem er seinen Sitz hat, in die Firma aufnehmen müsste, was übrigens thatsächlich in den meisten Fällen bereits geschieht.

Am Firmenrechte des Vereins wäre demnach vor allem das zu revidieren, dass es überhaupt erst geschaffen würde, indem für dasselbe entweder O. 873 als geltend erklärt, resp. der Verein in O. 873 aufgenommen oder ein besonderer Artikel in das Gesetz eingereiht wird.

---

[1]) Z. B. Société Henriette Rath in Genf (S. H. A. B. vom 31. März 1891 Nr. 71, Seite 294).

Zusätze zu Firmen.

Unter den hier zu behandelnden Zusätzen sind nur diejenigen verstanden, welche zu einer sonst bereits gebildeten Firma hinzutreten, nicht also diejenigen der Artikel O. 869 und 870, welche zur Firma als solcher gehören und einen notwendigen Bestandteil derselben bilden. Diese wurden bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft bereits besprochen.

Die hieher gehörigen Zusätze zerfallen in drei Gruppen:

1. Solche, die das Gesetz ausdrücklich verlangt und deren Form es vorschreibt. Es sind dies die im deutschen und andern Rechten obligatorischen Zusätze, die den Charakter der Gesellschaft angeben sollen, wie „Aktiengesellschaft," „Genossenschaft" etc.

2. Solche, die das Gesetz für gewisse Fälle vorschreibt, deren Form es aber freilässt. O. 868, 873 und 874.

3. Solche, die vollkommen freiwilliger Natur sind. O. 867 Abs. 2.

Die ersten kennt unser Gesetz einstweilen nicht; sie fallen jedoch für eine eventuelle Revision in Betracht, weshalb wir sie bei den einzelnen Gesellschaften hievor behandelt haben und sie infolgedessen hier weglassen können.

In diese Gruppe gehören auch die Spezialzusätze, welche man für die Firmen von Frauen (vergl. Seite 637 ff.) und Minderjährigen (vergl. Seite 674) verlangen wollte, die aber unser Gesetz nicht kennt, und welche bezüglich der Frauen der Bundesrat überdies noch im Rekurse der Frau Spiess ausdrücklich abgelehnt hat. (Seite 640.)

Von der zweiten Gruppe nehmen wir diejenigen von O. 874 voraus, weil sie spezieller Natur und, wenn auch nicht an eine gesetzliche Form gebunden, so doch durch eine besondere Vorschrift des Bundesrates in ihrer Fassung beschränkt sind. Art. 21 Abs. 2 der Verordnung bestimmt nämlich:

„Der Erwerber eines bestehenden Geschäftes, welcher gemäss O. 874 seiner neuen Firma einen das Nachfolgeverhältnis an-

deutenden Zusatz beizufügen befugt ist, darf diesen Zusatz nur am Schlusse seiner eigenen Firma anbringen."

Hiedurch soll Verwechslungen der Firmen d. h. dem Zweifel, welche Firma eigentlich die neue und welche die alte sei, vorgebeugt werden. Der Firma Karl Grob Christoph Meyer Nachfolger[1]) sieht man äusserlich nicht an, wer der Nachfolger ist, Christoph Meyer oder Karl Grob; durch die Vorschrift, dass die alte, erloschene Firma immer nach der neuen, geltenden, stehen müsse, orientiert sich jedoch jedermann mit Leichtigkeit. Abgesehen von diesem einen Zwang ist die Bildung des Nachfolgezusatzes frei; es dürfen also statt „Nachfolger" ebenso gut „früher," „ehemals," „ehedem," „vormals," „alt" u. dergl. gewählt werden, so dass der Zusatz ziemlich kurz sein kann und nicht lästig fällt. Es muss dies deswegen besonders betont werden, weil damit die Notwendigkeit einer ungesetzlichen Firma, wie sie die oben erwähnten Aktiengesellschaften angenommen haben, um die alte Firma beizubehalten, auf das Beste widerlegt wird: Schweizerische Annoncenbureaux vorm. Orell Füssli & Cie., Maschinenfabrik Zürich alt Escher Wyss & Cie., Basler Elektrizitätsgesellschaft R. Alioth & Cie. Nachf. wären durchaus korrekte Firmen und sogar noch kürzer, als die andern, weil das Wort „Aktiengesellschaft" in denselben darf weggelassen werden, ohne dass eine Verwechslung mit einer Kollektivgesellschaft oder der erloschenen Firma in Gefahr stünde. (Vgl. Aktienbrauerei Thun (vormals Gottfr. Feller) und Aktiengesellschaft vormals F. Martini & C° hievor Seite 698, Note 1.)

Die neue Firma muss immer in erster Linie dabei sein und den eigentlichen Kern des Ganzen bilden, das blosse Beifügen „Nachfolger" zur alten Firma, wie es andere Rechte vorsehen, ist nicht erlaubt. Selbst die Firma „Aktiengesellschaft Escher Wyss & Cie. Nachfolger" entspräche daher dem Gesetze noch nicht, weil das Wort „Aktiengesellschaft" nicht als Firma könnte aufgefasst werden, immerhin wäre sie um

[1]) Selbstverständlich geht man sicherer Christoph Meyer's Nachf. zu sagen, doch ist die andere Form auch zulässig, wie ja überhaupt die Genetivendung nicht immer anbringbar ist.

einige Grade weniger ungesetzlich, als die thatsächlich eingetragene. Für die anonyme Firma überhaupt liesse sich mit etwelchem Sophismus eine derartige Bildung verteidigen, da durch den Ausdruck „Nachfolger" die Escher Wyss & Cie. deutlich als frühere, nicht mehr existierende Gesellschaft gekennzeichnet würden und deren Teilhaber nicht mehr als persönlich haftbar erschienen, während doch der alte Name erhalten bliebe. Für eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft jedoch liesse sich eine solche Firma nicht verwenden, selbst wenn die Bezeichnung derselben als solche in die Firma aufgenommen würde, weil bei den persönlichen Gesellschaften das Gesetz den Namen mindestens eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters vorschreibt. Das gleiche gilt in analoger Weise für die Einzelfirma.

Bei O. 874 wurde die Frage aufgeworfen, ob ein zweiter Erwerber des Geschäftes die Nachfolge des ersten Inhabers in der Firma beibehalten dürfe oder nicht, oder ob er sich als Nachfolger der beiden Vorgänger bezeichnen müsse. Letzteres wäre, rein formell betrachtet, am richtigsten, gäbe aber natürlich sehr unhandliche Firmen und ist durchaus nicht notwendig. Ueberwiegt noch immer der Wert der ursprünglichen Firma, so wird man lieber diese beibehalten; erfreut sich die zweite bereits eines hinreichenden Ansehens, so begnügt man sich mit ihr. Unser Gesetz nimmt zu dieser Frage keine Stellung und verlangt bloss die Einwilligung des frühern Inhabers; es muss also der Vertrag entscheiden. Schweigt dieser über den Punkt, so gelten die allgemeinen Grundsätze. Hat demnach der erste Erwerber vom ursprünglichen Eigentümer das Recht der Nachfolgerschaft bedingungslos erhalten, so darf er es auch auf seinen Rechtsnachfolger übertragen. Diesem steht somit die Wahl frei, welches Nachfolgezusatzes er sich bedienen will, eventuell kann ihm von seinem Vorgänger auch nur die erste Nachfolgerschaft gestattet werden, die zweite nicht, ebenso gut nur die zweite und die erste nicht. Ein Konflikt zwischen dem ursprünglichen Eigentümer und dem zweiten Erwerber entspringt erst dann, wenn der letztere ohne Rechtstitel sich des Nachfolgezusatzes be-

dient; dann kann ihm die Nachfolge der ursprünglichen Firma sogar von beiden Vorgängern bestritten werden. Ob der ursprüngliche Eigentümer gegen den zweiten Erwerber aus O. 876 oder sonst wegen Namensmissbrauch klagen könne, wenn der erste Erwerber entgegen seinem Vertrage mit seinem Vorgänger das Recht des Nachfolgezusatzes an seinen Nachmann cediert hat, muss der Richter entscheiden; wir glauben es im Allgemeinen, mindestens aber für den Fall verneinen zu können, wo Aktiven und Passiven übertragen wurden; denn das Nachfolgeverhältnis besitzt einen kommerziellen Wert, bildet daher ein Aktivum der Firma und geht dementsprechend im Zweifel auch mit den Aktiven über.

Die übrigen Zusätze dieser Gruppe werden vom Gesetze verlangt zur Unterscheidung von gleich oder ähnlich lautenden Firmen O. 868 und 873, sie sind in der Form frei und können ebensowohl vorn, als hinten an der Firma angehängt werden, wenn sie nur eine deutliche Unterscheidung herbeiführen.

Bei der Aktiengesellschaft, der Genossenschaft und dem Vereine werden sie selten nötig sein, vorab nicht, wenn wir das Schutzgebiet dieser Firmen, gleich wie bei O. 868, auf den Ort der Niederlassung beschränken. Bei Phantasienamen ist die Auswahl so gross, dass Schwierigkeiten nicht denkbar sind, eher ergeben sich solche bei Firmen, die dem Geschäftszweige entnommen werden, da sich sehr oft gleichartige Geschäfte an demselben Orte zusammendrängen; doch auch für diesen Fall existiert eine solche Fülle von Auskunftsmitteln, dass wir kaum mehr ein Wort zu verlieren brauchen. Häufiger dagegen sind die Konflikte bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, am häufigsten jedoch bei den Einzelfirmen.

Das Bundesgericht bemerkt hierüber in seinem Urteil vom 16. März 1895 i. S. Konsumverein Zürich-Oberstrass gegen Konsumverein Zürich. (Entscheidungen 1895. XXI. Seite 230.)

„Während nun bei den aus Personennamen gebildeten Firmen von Einzelkaufleuten und Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften, sofern es sich um Geschäftsinhaber mit gleichem bürgerlichem

Namen handelt, naturgemäss nur verhältnismässig geringfügige Abweichungen möglich sind und daher im Verkehr von selbst auf die Einzelheiten dieser Firmanamen genau geachtet wird, verhält es sich nicht so bei denjenigen Firmen, welche frei gewählt werden können. Da ist die Möglichkeit einer augenfälligen Unterscheidung in weitem Masse vorhanden. Bei diesen Firmen ist daher die Gefahr, dass nahezu gleiche Namen im Verkehr wirklich für gleich genommen werden, erheblich grösser, und kann bei denselben eine Abweichung als ungenügend erscheinen, die, wenn es sich um eine Firma der erstgenannten Kategorie handeln würde, als deutliches Unterscheidungsmerkmal zu betrachten wäre."

Von diesen Erwägungen ausgehend, wurde die Firma Konsumverein Zürich-Oberstrass als nicht genügend unterschieden von der ältern Firma Konsumverein Zürich erachtet.

Ueber den Begriff der deutlichen Unterscheidung bei persönlich gebildeten Firmen hat sich sodann noch das Bundesgericht in seinem Urteil vom 16. Oktober 1891 in Sachen H. Hediger & Söhne gegen Hediger & Cie. (Entscheidungen 1891 Bd. XVII Seite 650) sehr präzis dahin ausgesprochen:

„Als deutlich erscheint eine Unterscheidung, welche bei Anwendung der im Verkehr üblichen Sorgfalt erkennbar ist. Zu deutlicher Unterscheidung zweier Firmen ist schon eine verhältnismässig kleine Verschiedenheit hinreichend. Denn es ist eben verkehrsüblich, beim Gebrauch einer Firma und beim Kontrahieren mit einer solchen mit Genauigkeit zu verfahren, so dass auch eine verhältnismässig geringfügige Verschiedenheit regelmässig der Beachtung nicht entgeht. Hienach erscheint die Differenz zwischen beiden Firmen (H. Hediger & Söhne und Hediger & Cie.) genügend. (Vgl. auch Ztschrft. XI. Revue X, Seite 9).

Abgesehen davon, dass in der zweiten Gruppe das Gesetz einen Zusatz fordert, während derselbe in der dritten fakultativ ist und also auch seine Existenz überhaupt im Belieben des Firmeninhabers liegt, sind die Bedingungen in beiden Gruppen dieselben, das heisst die Wahl der Zusätze ist der Form und dem Inhalt nach frei.

Diese Freiheit erleidet nur zwei Beschränkungen und zwar nach der einen Richtung durch das Prinzip der Firmenwahrheit, nach der andern durch das Recht der Priorität.

Ihrer Art nach zerfallen die Zusätze in:

1. solche persönlicher Natur, „die zur nähern Bezeichnung der Person dienen“: Vater, Sohn, älter, jünger, Witwe, Kinder, Erben und ähnliche.

Hieher gehören auch die an einigen Orten im Anschluss an die französische Uebung gebräuchlichen mit „de“ vom Vaternamen abgeleiteten Firmen, z. B. Emanuel de Benedict La Roche. Dieselben dürften kaum beanstandet werden, da sie den Familien- und Vornamen des Inhabers enthalten und der vom Vater abgeleitete Zusatz durchaus richtig und zulässig ist. Sie geben ein gesetzliches Mittel, um eventuell eine alte Firma beizubehalten, und können mit Recht den früher behandelten, nach dem Beispiel der Firma S. J. Bloch Söhne unrichtig konstruierten Firmen als mustergiltiges Vorbild entgegengestellt werden.

2. solche geschäftlicher Natur, „die zur nähern Bezeichnung des Geschäftes dienen.“ Der Ausdruck des Art. 867 ist nicht ganz deutlich, da „Geschäft“ in verschiedenem Sinne gebraucht wird, bald als Geschäftsbranche (Tuchgeschäft, Milchgeschäft), bald als kommerzielle Art des Geschäftes (Handel oder Fabrikation), bald als Bezeichnung des ganzen Komplexes, der kommerziellen Einheit, welche durch eine Firma oder eine Person vertreten wird, wozu dann alles gehört, Waren, Forderungen, Schulden, Bücher, Scripturen, Laden, Enseigne, Fabrikmarke, eventuell Haus oder Fabrike samt Grund und Boden, sowie sehr oft auch die Kundsame. In diesem letztern Sinne gebraucht das Gesetz meistens den Ausdruck „Geschäft“ (z. B. O. 577, 579, 587, 865 Abs. 2, 866, 867 Abs. 1, 874, 877 ff. u. a. m.[1]), für unsern Zweck kommt er nur in dieser Bedeutung in Betracht.

[1]) In andern Fällen bezeichnet das Wort auch nur eine einzelne Handlung oder eine Gesamtheit solcher, bald im Sinne von Rechtsgeschäft, bald in dem eines kommerziellen auf Erreichung eines bestimmten Zweckes gerichteten Handelns z. B. O. 469 ff., 561, 598. Vom rein juristischen und logischen Gesichtspunkte aus muss dieser vielseitige Gebrauch bedauert werden, doch weiss wohl jeder im einzelnen Falle, was damit gemeint wird, und leicht wäre es auch nicht immer, einen zutreffenden andern Ausdruck zu finden.

Der italienische Text von O. 867, Abs. 2 **sagt**: aggiunte che servano ad una più precisa indicazione del **negozio**, die gleiche Uebersetzung zeigt O. 874, während O. 865, Abs. 2, 866, 867, Abs. 1 die Ausdrücke stabilimento, negozio, mestiere, commercio, professione, industria alle zugleich verwenden, um das Wort Geschäft wiederzugeben, und O. 577, Abs. 2, 579, Abs. 1, 678, Abs. 2, sich der Bezeichnung impresa bedienen, woneben anderwärts auch noch affari vorkommt. Der französiche Text spricht in den meisten Fällen von les affaires (O. 577, 579, 587), in O. 865, Abs. 2 jedoch nebeneinander von commerce, profession ou industrie, in O. 866 von maison und in O. 874 von établissement. Keine der beiden Sprachen besitzt einen dem unsern entsprechenden Ausdruck, da sie gewohnt sind schärfer zu unterscheiden und daher jeweilen die für den einzelnen Fall zutreffende Bezeichnung wählen; am nächsten kommt noch das französische maison, doch wäre es fraglich, ob damit alles inbegriffen ist, was bei uns unter Geschäft kann verstanden werden.

Der französische Text von O. 867, Abs. 2 nennt die gegeschäftlichen Zusätze „indications de nature à désigner d'une façon plus précise le genre de ses affaires" und schränkt hiemit gegenüber dem deutschen Texte den Begriff auf Zusätze ein, welche der Natur des Geschäftes entnommen sind. Gemäss dem weitern Umfange des Wortes „Geschäft" werden namentlich auch noch andere Zusätze möglich, die mit dem Geschäfte in Verbindung stehen, z. B. solche, die das Haus bezeichnen, in welchem dasselbe geführt wird, was uns zu den Zusätzen lokaler Natur überleitet.

Fassen wir die gestatteten Zusätze nur nach dem französischen Wortlaut auf, so ist O. 867 Abs. 2 entschieden zu eng begrenzt und bedarf einer Revision in dem Sinne, dass überhaupt **alle** Zusätze erlaubt sind, sofern sie nicht mit der Firmenwahrheit oder den Rechten Anderer kollidieren. Zu einer Beschränkung liegt in der That auch gar kein Grund vor; denn je weiter der Kreis gezogen wird, desto leichter sind Kollisionen zu vermeiden und umso eher kann der Begriff der deutlichen Unterscheidung verschärft werden. Das

Gesetz darf die Freiheit des Verkehrs nur da einschränken, wo dies zur Wahrung der Rechte Anderer nötig ist oder Irrtümer und Täuschungen sollen abgeschnitten werden. Je weiter man innerhalb dieses Grundsatzes die Schranken zieht, mit umso besserm Recht und umso energischer darf man gegen Ueberschreitungen derselben vorgehen. Im Interesse der Verkehrsfreiheit müssen wir die französische Interpretation verwerfen und den Begriff des Geschäftes so ausdehnen, dass alle Zusätze, die nicht persönlicher Natur sind, als „Zusätze zur nähern Bezeichnung des Geschäfts" gelten und somit die Wahl derselben vollkommen frei wird. Wir sind hiezu überdies gezwungen; denn Kaufleute, Registerbehörden und Gerichte haben diese Auffassung von Anbeginn einstimmig acceptiert, so dass wir uns durch eine andere Auslegung sofort in einen harten Widerspruch mit der bisher unbestrittenen Praxis setzen würden.

Ebenso gut könnten wir die ganze dritte Gruppe der freiwilligen Zusätze geradenwegs abschaffen, wobei wir kaum auf einen viel grössern Widerstand stossen würden, als mit einer Beschränkung derselben in französischem Sinne. Zu einem Verbote würde aber schwerlich jemand die Hand bieten, so viel Unfug auch hie und da mit denselben mag getrieben werden. Verhindern wir diesen nach Kräften; aber dämmen wir die Freiheit möglichst wenig ein.

In gleichem Sinne, wie die obige Auslegung, hat auch das Zürcher Handelsgericht durch Urteil v. 9. März 1894 i. S. Weiss gegen Waldkirch entschieden: „Wenn auch kein Zweifel darüber walten kann, dass die im Prozess streitige Bezeichnung „Café du théâtre" thatsächlich als Bestandteil in die Firma des Klägers aufgenommen ist, so ist damit die Rechtsfrage, ob die Aufnahme in die Firma gesetzlich statthaft sei, noch nicht entschieden, vielmehr muss der Entscheid hierüber, unbeschadet der in Art. 875 O. R. der Registerbehörde zustehenden Kognition, den Gerichten vorbehalten bleiben. (Vgl. Entscheid des Bundesrates vom 9. Juli 1887, bei Siegmund, Handbuch für die schweizerischen Handelsregisterführer, Seite 181, Erw. 3, ferner Schneiders Komm. zu Art. 868, Note 5).

Es fragt sich nun, ob unter den nach Art. 867 Schlussatz neben dem Familien- resp. Vornamen gestatteten Zusätzen „zur

nähern Bezeichnung des Geschäfts" lediglich solche zu verstehen seien, welche die Natur und den Charakter des unter der Firma betriebenen Geschäftes präzisieren. Letztere Auslegung findet eine Stütze im französischen Text des Art. 867 („indications de nature à désigner d'une façon plus précise sa personne ou le genre de ses affaires"). Dieser Natur ist der in Frage stehende Zusatz offenbar nicht; derselbe enthält lediglich eine Etablissementsbezeichnung, welche zur Nachbarschaft des Stadttheaters in Beziehung gesetzt oder aber auch als blosse Phantasiebezeichnung aufgefasst werden kann. — Die Rekurskammer des Obergerichts hat daher in ihrem Entscheid vom 15. Juli 1891 diesen Zusatz als unstatthaft und insofern auch gegen die Vorschriften der Firmenwahrheit verstossend erklärt, als dadurch die irrige Auffassung veranlasst werden könne, dass es sich dabei um ein von der Theaterunternehmung bezw. einem Theaterpächter geführtes oder in den Theaterräumen befindliches Etablissement handle.

Hiebei ist indes zu beachten, dass Art. 867 Abs. 2 O. R. wörtlich dem Art. 16 Abs. 2 des allgem. deutsch. H. G. B. entnommen ist, während die Richtigkeit jener engeren Auslegung nach der an diese Gesetzesbestimmung sich anschliessenden Theorie und Gerichtspraxis mindestens als zweifelhaft angesehen werden muss (gegen dieselbe namentlich Hahn, Komm. z. H. G. B., 4. Aufl. in Art. 16, Anm. 6). In der Praxis der schweiz. Registerbehörden erscheint die Aufnahme von Etablissementsbezeichnungen in die Firma als statthaft angesehen zu werden (s. hierüber Siegmund a. a. O., Seite 180—181), und in diesem Sinne lautet auch der oben angeführte Entscheid des Bundesrates, welcher den von einem Gastwirte geführten Firmazusatz „Zur Post" geschützt hat. — Für die Gerichte liegt aber wohl kaum eine genügende Veranlassung zu einer anderweitigen Gesetzesinterpretation vor. (Ztschrft. N. F. XIII Revue XII, Seite 148 ff.)

Zur nähern Bezeichnung des Geschäftes gehören in unserm erweiterten Sinne:

3. Die Zusätze lokaler Natur, welche entweder dem Geschäftslokal d. h. dem Hause, in welchem sich das Geschäft befindet (zum Affen, zur Post etc.) oder einem Orts-, Kantons- oder Landesnamen oder der Bezeichnung einer Gegend (im tiefen Boden, zur Brücke u. dgl.) entnommen sind.

4. Die reinen Phantasiezusätze (Volksmagazin, Helvetia, zum billigen Laden u. s. w.).

Sehen wir uns nun diese vier Kategorien von Zusätzen in Bezug auf die Firmenwahrheit näher an.

Nummer 4, die reinen Phantasiezusätze haben mit derselben gar keine Beziehungen, wie sich das schon aus dem Worte selbst ergiebt.

Die unter 1) aufgeführten persönlichen Zusätze bieten ebenfalls wenig Schwierigkeit; denn dass sich jemand nicht mit einer falschen Qualität, der Sohn nicht als Vater und umgekehrt, bezeichnen darf, braucht keiner langen Begründung. Im Allgemeinen kann, sobald nicht die Konkurrenz einer andern Person in Frage tritt, jeder sich als „Sohn“ bezeichnen, die Eigenschaft trifft immer zu, denn irgend jemandens Sohn ist er unter allen Umständen. Das gleiche gilt in der Regel von junior, senior u. dgl.; schon beschränkter wird der Kreis des Wortes „Vater.“ — Wie Sohn lassen sich auch „Söhne“ verwenden; denn der anfänglich zur Motivierung jener bei der Kollektivgesellschaft besprochenen, vom Vater abgeleiteten Firmen, verlangte Nachweis, dass alle Söhne müssten beteiligt sein, ist mit Recht als unlogisch und unbegründet fallen gelassen worden. S. J. Bloch Sohn oder Söhne ist ebenso richtig, wenn es sich nur um einen oder einige von mehreren handelt, als wenn darunter alle begriffen sind. Anders dagegen im Französischen: S. J. Bloch fils kann eine richtige Firma sein, wenn sie bedeutet Samuel Jakob Bloch Sohn oder Samuel und Jakob Bloch Söhne, wobei Vor- und Geschlechtsnamen den Inhabern selbst angehören; sie kann jedoch auch stehen für: fils oder le fils de Samuel Jakob Bloch, Sohn oder der Sohn von S. J. Bloch, also in singularer Auffassung, oder aber als Plural fils oder les fils de S. J. Bloch. Wo kein Artikel gebraucht wird, da verlangt die Firmenwahrheit nur, dass die Inhaber wirklich Söhne des S. J. Bloch seien, wo der bestimmte Artikel steht, überdies dass keine andern Söhne existieren. Ob der Bundesrat wohl gleich entschieden hätte bei der Firma les fils de S. J. Bloch, wie bei S. J. Bloch Söhne? Mit der Motivierung, dass les und de S. J. irrelevante Zusätze seien, wäre es wohl auch gegangen. Seither wurden übrigens derartige Firmen eingetragen (vgl. hievor Seiten 652, 658, Les fils de Cerf Blum).

Wird die Firmenwahrheit verletzt, wenn, wie im Falle

Fleiner Vater und Sohn, an Stelle des Sohnes der Schwiegersohn treten soll? Lässt der Begriff „Kinder" auch Stiefkinder, Adoptivkinder, Schwiegersöhne, Schwiegertöchter und deren Kinder, sowie Deszendenten von Kindern, Kindeskinder, Enkel zu? Was alles umfasst das Wort „Erben," bis zu welchem Grade dürfen sie in einem solchen Zusatze enthalten sein, Intestaterben oder auch Testamentserben? Wie weit erstreckt sich die Familie? Welche Art von Firmenwahrheit soll gelten, d. h. genügt es, dass die Betreffenden Kinder, Erben etc. seien, oder müssen sie auch den in der Firma angegebenen Familiennamen tragen? Die Praxis ist bekanntlich über letzteres Erfordernis hinweggegangen und hat sich mit der qualitativen Firmenwahrheit begnügt. Nach unserer Auffassung des Gesetzes mit Unrecht; denn wenn wir diese Praxis anerkennen und in der begonnenen Weise weiterfahren, so werden wir alle die gestellten Fragen in der weitesten Ausdehnung bejahen müssen und damit ein Firmenrecht von einer höchst bedenklichen Elastizität bekommen, die sicherlich nicht im Willen des Gesetzgebers lag.

Eine Art persönlichen Zusatzes enthält auch das Nachfolgeverhältnis, das wir oben schon besprochen haben (Seite 715 ff.). Der persönliche Zusatz gemäss O. 867, Abs. 2, muss nicht nur der Wahrheit entsprechen, sondern er wird auch noch durch die Grundsätze der concurrence déloyale beschränkt; d. h. es kann aus ihm das Recht auf einen Zusatz, der ältere oder bessere Rechte eines Andern verletzt, nicht abgeleitet werden. Einen typischen Fall behandelte das Kantonsgericht von St. Gallen:

A. W. war Teilhaber der Firma G. L. T. & Cie. gewesen und hatte nach seinem Austritte ein eigenes gleichartiges Geschäft gegründet unter der Firma A. W. In den Publikationen fügte er jedoch seiner Firma bei „vormals in Firma G. L. T. & Cie.," „ehemals Mitinhaber der Firma G. L. T. & Cie.," ähnlich auf Briefköpfen und am Laden, hier so, dass G. L. T. & Cie. vor allem in die Augen fiel. Das Urteil lautete auf Aberkennung, da hiedurch Täuschungen des Publikums verursacht würden; dagegen sei in Briefköpfen und Inseraten ein Verweis auf die frühere Mitteilhaberschaft gestattet, sofern dies nicht in einer einem Firmazusatz ge-

mäss O. 867 oder 874 ähnelnden Weise geschehe, sondern so, „dass über den Bestand eines Nachfolgeverhältnisses eine Verwechslung der beiden Konkurrenzgeschäfte und ein Missverständnis über die gegenwärtigen persönlichen Beziehungen der beiden frühern Associés zu einander ausgeschlossen erscheint.“ Bezüglich O. 867 Abs. 2 motiviert das Urteil: „Dieser Artikel hat hinsichtlich des Verbietens und Gestattens nur eine rechtspolizeiliche Bedeutung, er dient zur Erhaltung der Firmenwahrheit und zum Schutze des gesamten Publikums gegen Täuschung und Irrtum über diejenigen Personen, die diese Firmen führen. Er gewährt aber keinen privatrechtlichen Anspruch auf alle diejenigen Zusätze, die er aus rechts- und verkehrspolizeilichen Rücksichten für statthaft erklärt, und keine Garantie auf deren Gebrauch gegenüber jedem, der auf den nämlichen Zusatz aus privatrechtlichen Titeln ein ausschliessliches oder ein besseres Recht erworben hat. In O. 867 Abs. 2 wird vorausgesetzt, dass nur solche Zusätze gewählt werden, gegen deren Anwendung keine privatrechtlichen Hindernisse vorliegen. (Ztschrft. N. F. XIII Revue XII Nr. 20, Seite 25 ff.)

Bezüglich der lokalen Zusätze giebt die Firmenwahrheit zu keinen besondern Bemerkungen Anlass, die Streitigkeiten, die sich über sie erhoben haben, gehören in das Gebiet des Prioritätsrechtes und der Konkurrenz, zu welchen wir alsbald übergehen werden.

Von grösster Wichtigkeit dagegen wird die Firmenwahrheit für die Zusätze, welche dem Geschäftsbetriebe entnommen sind. Bei diesen ist strenge darauf zu halten, dass sie der Wahrheit entsprechen; denn hier liegen Irrtümer und Täuschungen, sowie die Versuchung, solche geflissentlich hervorzurufen, am nächsten. Der Bundesrat hat einer Firma verboten, die Natur ihres Geschäftes als „Oeffentliches Lagerhaus“ anzugeben, weil dieselbe thatsächlich kein solches betrieb (vgl. oben Seite 631/2). Viel häufiger aber, als in der Natur des Geschäftes begegnen wir unrichtigen Angaben in den Zusätzen, weil sich hier eine pompös klingende Bezeichnung gar gut ausnimmt: Zürcher Kleiderhaus G. Naphtaly, Schweizerische Cognacbrennerei N. Levy, C. Kling Allgemeiner Schuhkonsum, Coate frères British & Anglo-American tailors, machen ganz einen andern Effekt, als die einfachen Namensfirmen. Am besten verböte man solche Marktschreiereien überhaupt, da

sie schon an sich sehr leicht mit Aktiengesellschaften verwechselt werden und überdies die Inhaber in der Regel auf eine derartige Täuschung hinarbeiten, indem sie entweder die Namensfirmen ganz weglassen oder doch den Reklametitel so gross und den Namen so klein verwenden, dass letzterer fast ganz verschwindet. Hiegegen hat die Zürcher Regierung bereits im Jahre 1885 durch einen besondern Erlass Front gemacht (vgl. S. H. A. B. vom 29. August 1885, Nr. 88, Seite 571); andere Kantone haben den gleichen Weg eingeschlagen, Basel-Stadt speziell hat hierüber einen Paragraphen in sein Strafgesetz aufgenommen, was jedenfalls das wirksamste und damit empfehlenswerteste Mittel ist (vgl. hievor Seite 609). Eine nicht zu vermeidende Folge der Zulassung solcher Firmen ist auch die, dass deren Unterschrift von derjenigen einer Aktiengesellschaft sehr oft gar nicht zu unterscheiden ist, besonders weil in der Regel der Reklamezusatz mit einem Stempel gedruckt und der persönliche Name in Schrift darunter gesetzt wird. Ob die Unterschrift

Schweizerische Cognacbrennerei
N. Levy

einer solchen Einzelfirma oder einer Aktiengesellschaft angehört, wird auch das schärfste Auge nicht zu erkennen vermögen, und doch kann man derartige Täuschungen nicht untersagen, ohne in eine unabsehbare Kasuistik sich zu verlieren. Vielleicht lässt sich da und dort auf dem Verordnungswege etwas erzielen, einstweilen bleibt uns nichts übrig, als das Prinzip der Firmenwahrheit möglichst scharf anzuwenden und mindestens zu verlangen, dass der Zusatz nichts Unrichtiges enthalte, vor allem, dass er mit den in der Natur des Geschäftes gemachten Angaben übereinstimme.

Ueber diesen rein gesetzlichen Boden hinaus hat aber auch schon das Bundesgericht dem Sinne des Gesetzes nach ausgesprochen, dass Zusätze nicht nur keine Unwahrheiten enthalten, sondern dass sie auch nicht zu Täuschungen Anlass bieten sollen. So wurde die Firma Swiss Condensed Milk Co. Lapp & Cie. in Freiburg, obgleich sie an sich gesetzlich richtig gebildet ist und wirklich schweizerische, kon-

densierte Mich fabriziert, auf Klage der bekannten Aktiengesellschaft Anglo-Swiss Condensed Milk Co. in Cham genötigt, ihre Firma in Lapp & Cie. Swiss Condensed Milk abzuändern, weil sie zu sehr den Anschein einer (allerdings dann ungesetzlich gebildeten) Aktiengesellschaft hervorrufe und zu Verwechslung mit der klägerischen Firma, somit zur Täuschung des Publikums Anlass gebe (Urteil des Bundesgerichtes vom 15. Juni 1895. Entscheidungen XXI, Seite 607. Vgl. auch hievor Seite 702).

Sehr oft werden auch solche Zusätze darum gewählt, weil die Inhaber glauben, damit ein alleiniges Recht auf dieselben zu erwerben. Erfahren sie, dass der Eintrag im Handelsregister dieses nicht gewähre, so stehen sie von ihrem Vorhaben ab, womit immerhin etwas gewonnen ist. Ueber diese Frage, sowie den Schutz solcher Zusätze werden wir später noch zu sprechen haben.

Für den Registerführer ergeben sich natürlich im einzelnen Falle oft unüberwindliche Schwierigkeiten, da er weder Möglichkeit, noch Kompetenz besitzt, die materielle Richtigkeit der Angaben zu prüfen, und er sich auf die Glaubwürdigkeit der Komparenten verlassen muss. Er kann daher nur auf die formelle Uebereinstimmung zwischen Zusatz und Geschäftsnatur sehen und besonders darauf achten, dass nicht im ersteren eine Fabrikation angegeben wird, während nach letzterer nur ein Handel besteht. Freilich sind die Uebergänge und Mischungen so mannigfaltige, dass er auch damit nicht immer etwas ausrichtet. „Damenmäntelfabrik“ mag verboten werden, wenn einer notorisch keine Fabrik besitzt, was sollen wir aber z. B. mit dem Zusatze „Schweizerische Schuhmanufaktur“ anfangen? Der Geschäftsinhaber hat vielleicht neben seinem Handel eine kleine Reparaturwerkstätte, oder er lässt gelegentlich bei einem Schuhmacher auf Mass arbeiten, um einen Kunden zu gewinnen und zu behalten, während sein eigentliches Geschäft der Handel mit vielleicht nicht einmal einheimischen Schuhen ist. Kann man ihm da den Zusatz „Schweizerische Schuhmanufaktur“ verbieten? Auf Grund des gegenwärtigen Gesetzes wohl schwerlich.

In Erkenntnis dessen hat denn auch der deutsche Entwurf den Art. 16 D. H. G. B., der wortgetreu in unserem O. 867 aufgenommen wurde, erweitert, um Täuschungen möglichst auszuschliessen und den Behörden die ihnen bisher mangelnde gesetzliche Waffe in die Hand zu geben. Der neue § 17 sagt nämlich in seinem Schlussatze:

„Andere Zusätze, die zur Unterscheidung der Person oder des Geschäftes dienen, sind gestattet, sofern sie nicht geeignet sind, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäfts oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen.“

Die Denkschrift bemerkt hiezu auf S. 36:

„Die Klagen, dass die Firmenzusätze vielfach marktschreierische Anpreisungen und thatsächlich falsche, zur Täuschung geeignete Angaben enthalten, sind allgemein, und wenn gleich bereits das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb diesem Missbrauch entgegentritt, so scheint es doch zweckmässig, im Handelsgesetzbuche noch besonders alle Firmenzusätze zu verbieten, die geeignet sind, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäftes oder über die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen. Die Folge dieses Verbots ist, dass der Registerrichter eine Firma, die einen derartigen Zusatz enthält, nicht in das Handelsregister eintragen darf und gegen denjenigen, welcher sich einer solchen Firma bedient, mit Ordnungsstrafen einzuschreiten hat.“

Damit lässt sich immerhin etwas ausrichten; die Ausdrücke „Art oder Umfang des Geschäftes“ und gar „die Verhältnisse des Geschäftsinhabers“ gewähren einen Spielraum, in dem so ziemlich alles untergebracht werden kann. Besitzen auch unsere Registerführer in der Regel nicht das Wissen und die Autorität eines deutschen Registerrichters, so hätten sie doch wenigstens ein Gesetz, auf das sie sich stützen könnten, um eklatante Fälle abzuweisen und zweifelhafte vor die Aufsichtsbehörden zu bringen, während sich mit dem blossen Prinzip der Firmenwahrheit, das überdies weder in Gesetz, noch Verordnung zu finden ist, gar übel fechten und nur schwer ein Erfolg erzielen lässt. An eine dem deutschen Entwurfe ähnliche Bestimmung würden sich vermutlich ziemlich rasch eine Anzahl Rekurse anschliessen, bei denen es

dann Sache der Oberbehörde wäre, durch ihre Entscheide dem Schwindel und unlauteren Wettbewerb oder den Ausartungen der Reklamesucht Einhalt zu gebieten. Ueberdies bekäme der Bundesrat eine gute Gelegenheit, auf dem Verordnungswege einzuschreiten und dem Gesetze die weiteren Erörterungen und Wegleitungen beizugeben.

Hoffentlich wird in Deutschland die Bestimmung des Entwurfes zum Gesetze erhoben, dann können wir, diesmal mit vollem Recht, nichts Eiligeres thun, als dieselbe gleichfalls rezipieren.

Wir gelangen nunmehr zur zweiten Einschränkung der freien Wahl der Zusätze, zum Rechte der Priorität. Der allgemeine Satz von O. 868, dass die eingetragene Firma das Vorrecht vor der nicht, resp. noch nicht eingetragenen habe, wird bezüglich der Zusätze vielfach durchbrochen, indem die Priorität des Gebrauches derjenigen des Eintrags vorgeht. Die Einheit der Firma wird zerrissen und der Zusatz einem anderen Rechte unterworfen, als der persönlich gebildete Teil derselben. Letzteren regiert das Firmenrecht, ersteren die concurrence déloyale.

Ob man nicht auch hier wie überhaupt mit der Anwendung des unlauteren Wettbewerbes etwas zu weit geht? Obschon es den unlauteren Wettbewerb wohl von Anbeginn der Welt gegeben hat, so ist dessen heutige Behandlung doch sozusagen eine neue Erfindung. Man war früher weniger empfindlich oder die Empfindlichkeit war anders klassifiziert, als heute, wo man so viel von Sittlichkeit spricht und in Moral macht, während wir doch kaum besser geworden sind, sondern höchstens zahmer, feiger und raffinierter. Im Altertume besassen bekanntlich die Kaufleute ihren eigenen Gott und standen unter einem besondern Schutze; man anerkannte das unter Göttern und Menschen und gewährte den Jüngern Merkurs willig einige moralische Privilegien, wofür man sie gelegentlich anderweitig misshandelte und ihnen mit Gewalt wieder nahm, was sie durch Klugheit erworben hatten. Man teilte die Menschen nach ihren Beschäftigungen ein, gab jedem das dieser entsprechende Recht und begriff es vollkommen, dass der Kauf-

mann nicht leben konnte, wie der Edelmann, der Handwerker oder der Bauer. Die Kleinigkeiten des täglichen Verkehrs machte jeder innerhalb seiner Schranken unter sich ab und wusste da ganz gut, wie er seinesgleichen behandeln musste. Man hatte nicht nur Kreise, sondern ganze Völker, die als Kaufleute par excellence anerkannt und demnach geschätzt wurden. Phönizier und Punier sind verschwunden und wurden im Orient bezüglich ihrer kaufmännischen Vorzüge durch die Griechen und Armenier ersetzt. Römer und Germanen haben ebenfalls viel von ihrem Ruhme eingebüsst, bei jenen verschob sich Jahrhunderte lang das Hauptgewicht nach den Handelscentren Venedig und Genua, über diese schriebe Tacitus heute sein Buch wohl etwas anders; dem stolzen Spanier aber, der hinter der Zeit zurückgeblieben ist, geht es miserabel. Klassen und Rassen haben sich vermischt, Abarten der Phönizier findet man aller Orten, die punische Treue wohnt nicht mehr ausschliesslich an den Syrten, Edelmann, Priester und Richter werden Verwaltungsräte, die Moral saniert das Recht, — und da können wir es ohne die concurrence déloyale nicht mehr machen. Es ist stets ein Symptom des zerfallenden Rechtsgefühles, wenn dasselbe die Moral zu Hilfe nehmen muss, und besonders eine so relative Moral, wie beim unlauteren Wettbewerb. Die concurrence schliesst immer in sich, dass man einen anderen durch Gewalt oder List unter sich bringen will, ganz loyal wird sie daher kaum je sein, und ganz lauter ist auch der lauterste kaufmännische Wettbewerb nie, sonst hört er von selbst auf. Es handelt sich immer um ein mehr oder weniger, das sich schliesslich in Abstufungen von Fleiss, Geschicklichkeit, Gewissenhaftigkeit und Trägheit zerlegt, letztere speziell spielt dabei einen wichtigen Faktor. Es läuft ein eigentümlicher Zug durch unsere Zeit, der darauf ausgeht, sich nach allen Seiten mit Schutzwällen einzudämmen, um sich hinter denselben seines Besitzes zu erfreuen, den man im freien Kampfe der Geister zu verlieren glaubt und vielleicht auch aus Trägheit verlieren würde; denn „rast ich, so rost ich.“ Hieher gehören die Wiederbelebungsversuche des alten Zunftzwanges, das Ge-

schrei über den unlauteren Wettbewerb, die diversen Schutzzölle und Ausfuhrprämien, hieher grösstenteils wohl auch der Antisemitismus.

Wo man ohne den Begriff des unlauteren Wettbewerbes, den ja sowieso niemand recht zu definieren vermag, auskommen kann, da darf man sich dessen rühmen; wenn wir ihn daher bei unserem speziellen Rechte nicht brauchen, so ist das ein Vorteil. Halten wir uns darum auch hier möglichst frei davon; bei richtiger Anwendung werden uns sicher die Grundsätze der Firmenwahrheit und des Rechtes der Priorität hinreichen. Keiner soll bewusst lügen einerseits, und wer zuerst kommt, mahlt zuerst, andererseits.

Bei den persönlichen Zusätzen spielt die Priorität keine besondere Rolle, da sie allgemeiner Natur sind und innerhalb der Schranken der Wahrheit einem jeden zustehen. Aus dem entgegengesetzten Grunde, d. h. weil es nur zwischen wenigen Personen besteht und ganz an die persönliche Einwilligung gebunden ist, kommt auch das Nachfolgeverhältnis hier nicht in Betracht. Um so wichtiger aber wird die Priorität bei den geschäftlichen und den Phantasiezusätzen, die, selbst wenn sie durchaus der Wahrheit entsprechen, oft nicht verwendet werden dürfen, weil sie ältere Rechte Dritter verletzen. Hier haben wir eine ganze Anzahl von Entscheiden zu erwähnen, die sich alle um geschäftliche, im engern Sinne lokale Zusätze drehen, während die schwierigere Partie der Phantasiezusätze noch ihrer richterlichen Regelung harrt.

1. C. Rudolf und seine Rechtsvorfahren betrieben schon seit 1855 ein Gasthaus, mit dem Namen „Gasthaus zur Post," in welchem denn auch bis zum 1. April 1888 thatsächlich die Post untergebracht war. Von diesem Termin an ging sie in die Hände des neuen Posthalters Degiacomi über, der nun sein Gasthaus ebenfalls „zur Post" benannte. Beide konnten sich also in gewissem Sinne auf die Firmenwahrheit berufen; der Bundesrat erklärte jedoch diese für den Streit als irrelevant und bestätigte dem ersten Besitzer des Zusatzes „zur Post" sein Recht, die Firma blieb also C. Rudolf, Gasthaus zur

Post, trotzdem die Post selbst verlegt worden war. Es wurde einzig und allein das Recht der Priorität geschützt, was bei einem andern Zusatz wie „zum goldenen Ochsen," „Viktoria," „zum römischen Kaiser," oder einer sonstigen ganz willkürlich gewählten Benennung durchaus dasselbe geblieben wäre, wie der Entscheid auch ausdrücklich anerkennt. (Rekursentscheid vom 5. Juli 1887. S. H. A. B. vom 9. Juli 1887 S. 547. Zeitschrift für schweiz. Recht N. F. XIV S. 343. Handbuch S. 180, 181.)

Vom handelsregisterlichen Standpunkte aus ist der Entscheid richtig, obgleich vielleicht die Manipulierung mit der Firmenwahrheit dürfte angefochten werden; denn der Zusatz „zur Post" war wenigstens s. Z. der Wahrheit gemäss erworben worden. Immerhin passte das Prinzip der Firmenwahrheit für den heutigen Zustand nicht mehr und wurde daher gerne beiseite gesetzt. Zu beachten ist, dass der neue Posthalter gegen den alten klagte, nicht umgekehrt; die Frage, ob der neue auf Grund der Firmenwahrheit seinem Gasthause den Zusatz „zur Post" beifügen dürfe, solange die alte Firma noch zu Recht besteht, läge anders. Lassen wir, da sie als irrelevant erklärt wurde, die Firmenwahrheit ganz weg, so bleibt uns zur Entscheidung bloss noch O. 867 Abs. 2 und O. 868. Erstere gestattet den Zusatz beliebig einem jeden, und letzterer verlangt die deutliche Unterscheidung nur für den Namen, behandelt aber den Fall nicht, wo die Zusätze gleich und der Namen verschieden ist. So wenigstens wird O. 868 ausgelegt, obgleich er sich auch anders deuten liesse; denn er spricht im Vordersatze von der Firma und zu dieser gehört auch der Zusatz, die Trennung kommt erst im Nachsatze und bleibt dann einseitig, während sie eigentlich auch den andern Fall ins Auge fassen müsste, dass der Name ungleich und der Zusatz gleich wäre. Da nun aber O. 868 überhaupt nur eine deutliche Unterscheidung verlangt und über diese hinaus weder auf die Wahrheit, noch auf die Priorität ein Gewicht legt, so können firmenrechtlich auch beide Firmen C. Rudolf, Gasthaus zur Post, und Degiacomi, Gasthaus zur Post, nebeneinander bestehen. In Erkenntnis

dessen erklärt der Entscheid auch ganz richtig: „Sofern sich eine der Parteien durch die andere beinträchtigt glaubt, wird dieselbe an die Gerichte verwiesen.“

Das Bundesgericht hat denn auch in zwei äusserlich ganz ähnlichen Fällen gesprochen.

2. Christen-Kesselbach besass seit 1872 in Andermatt einen Gasthof, für den er die Bezeichnung „Hôtel Bellevue“ oder „Kurhaus & Hôtel Bellevue“ gebrauchte, den er aber in Inseraten, auf dem Omnibus etc. gelegentlich auch „Grand Hôtel Bellevue“ benannte, und zwar schon vor Errichtung des Grand Hôtel Andermatt; im Handelsregister liess er sich erst im Dezember 1890 eintragen mit der Firma „Sebastian Christen-Kesselbach“ und der Natur des Geschäftes „Betrieb des Hôtel Bellevue und dessen Dependenzen.“ — Adelrich Danioth hatte im Jahre 1888 seine Firma eintragen lassen als „Ad. Danioth, Grand Hôtel“ und bezeichnete seinen Gasthof als „Grand Hôtel Andermatt“ oder auch einfach als Grand Hôtel. Nun begann auch Christen sein Hôtel öfters als Grand Hôtel Bellevue zu bezeichnen, was Danioth nicht dulden wollte. Letzterer hatte also die Priorität des Ausdruckes Grand Hôtel im Handelsregister, ersterer die Priorität im thatsächlichen Gebrauche. Die erste kantonale Instanz gestattete den Ausdruck beiden, da sie sich sonst hinreichend unterschieden, die zweite verbot dessen Führung dem Christen, weil die Bezeichnung in seinem Handelsregistereintrage gar nicht vorkomme und er nur den eingetragenen Hôtelnamen gebrauchen dürfe. Er habe sich also zuerst in entsprechender Weise einzutragen. Das Bundesgericht sprach sich dahin aus, dass bei der absoluten Verschiedenheit der eingetragenen Firmen von einer Verletzung des Firmenrechtes und also auch von O. 867 keine Rede sein könne, Kläger auch sich nicht sowohl über Nachahmung seiner Firma, als seines Gasthofschildes beklage, was verschiedene Dinge seien. Vom Gesichtspunkte des Firmenrechtes aus seien Gasthofschilder nicht zu schützen, wohl aber von dem des Art. 50 ff. O. R. aus. Doch auch da seien Grand Hôtel Andermatt und Grand Hôtel Bellevue genügend verschieden, wie denn auch an

andern Orten mehrere Gasthöfe mit dem Prädikate Grand Hôtel ohne Streit nebeneinander bestünden. Auf die einzelnen Worte grand und Hôtel besitze vollends niemand ein Vorrecht. Etwas anderes wäre „Grand Hôtel“ ohne weitere Beifügung als Bezeichnung des Gasthofes, dies käme einer Individualbezeichnung, gewissermassen einem selbständigen Eigennamen gleich. Kläger wurde demnach abgewiesen und dem Beklagten gestattet die bisherigen Affichen etc. mit der Bezeichnung Grand Hôtel Bellevue weiterzuführen.

Ihrer prinzipiellen Erörterung wegen interessant ist folgende Partie des Urteils:

„In That und Wahrheit beschwert sich denn auch der Kläger nicht sowohl darüber, dass der Beklagte seine Firma, als dass er sein Gasthofschild nachgeahmt habe, und ruft er die Bestimmungen über Firmenschutz lediglich deshalb an, weil er das Gasthofschild, die Gasthofbezeichnung, als Firma betrachtet. Dies ist indes unrichtig. Firma und Gasthofschild sind verschiedene Begriffe. Die Firma im juristischen Sinne ist der Name, welchen ein Geschäftsinhaber in seinem Geschäftsbetrieb sich beilegt; sie enthält die Bezeichnung der Person des Geschäftsinhabers, nicht diejenige des von diesem betriebenen Geschäfts, und muss danach für physische Personen in dem bürgerlichen Namen der Person mit oder ohne Zusatz bestehen. Das Gasthofschild dagegen enthält nicht die Bezeichnung des Geschäftsinhabers, sondern die (freigewählte) Benennung des Etablissements, des von ersterm betriebenen Geschäfts. Die gesetzlichen Regeln über Firmenschutz finden also auf Gasthofschilder keine Anwendung. Dagegen ist allerdings anzuerkennen, dass nach schweizerischem Rechte auch Gasthofschilder geschützt sind. Nach den Grundsätzen über die Unzulässigkeit der concurrence déloyale, wie sie dem Art. 50 ff. O. R. zu Grunde liegen, ist ein Gasthofbesitzer berechtigt, Dritten die Führung eines dem seinigen täuschend ähnlichen Gasthofschildes am gleichen Orte zu verbieten und für einen ihm durch derartige unredliche Konkurrenz verursachten Schaden Ersatz zu verlangen. (Urteil des Bundesgerichts vom 4. September 1891 i. S. Christen-Kesselbach gegen Danioth. — Entscheide XVII., Seite 512 ff. Ztschrft. XI Revue X, Seite 6 ff.)

Vgl. über Wirtshausschild und Firma auch Urteil des Bundesgerichtes vom 22. April 1892 i. S. Hauri, Zeitschrift XI, Revue X, S. 80.

3. In unzweideutigster Weise hat sich das Bundesgericht über den Schutz einer Geschäftsbezeichnung und damit eines

entsprechenden Firmenzusatzes ausgesprochen im Urteil Stahl gegen Weiss-Boller (Entscheidungen 1891. XVII. Seite 713 ff. Ztschrft. XI. Revue X Seite 43 ff.). Es handelte sich um die Geschäftsbezeichnung „Bollerei," die dem Namen Boller entnommen ist, so dass hier eine persönliche Nuance mitspielt, doch geht aus dem Urteil hervor, dass wohl auch unabhängig vom Namen die Bezeichnung geschützt worden wäre z. B. zu Gunsten eines spätern berechtigten Erwerbers. Das Bundesgericht bemerkt hierüber:

„Der Name „Bollerei" qualifiziert sich als Geschäftsbezeichnung, als Bezeichnung der bisher von der Familie Boller betriebenen Wirtschaft. Wie nun das Bundesgericht bereits in der Entscheidung in Sachen Christen-Kesselbach c. Danioth grundsätzlich anerkannt hat, sind nach dem O. R. nicht nur die Firmen, sondern ist auch die Geschäftsbezeichnung (speziell das Gasthofschild) rechtlich geschützt, so dass der Geschäftsinhaber berechtigt ist, Dritten zu verbieten, für ein gleiches Geschäft am gleichen Orte die gleiche oder eine täuschend ähnliche Geschäftsbezeichnung zu führen. Hieran ist durchaus festzuhalten. Wenn auch die gewerbliche Konkurrenz, selbst wenn sie in scharfer und rücksichtsloser Weise geübt wird, an sich durchaus erlaubt ist, so wird sie doch zu einer widerrechtlichen dann, wenn der Mitbewerber den Ruf, welchen ein anderer Gewerbetreibender sich erworben hat, für sich auszubeuten sucht, indem er durch Gebrauch der gleichen oder einer täuschend ähnlichen Geschäftsbezeichnung den Schein erweckt, als sei sein Geschäft mit demjenigen des andern identisch oder die Fortsetzung desselben u. dergl. Hier liegt ein Eingriff in die Rechtssphäre des Geschädigten vor; dieser hat durch erlaubten Gebrauch ein Recht auf die von ihm verwendete Geschäftsbezeichnung erworben, welches nicht dadurch verletzt werden darf, dass deren unterscheidende, individualisierende Kraft durch konfundierende Verwendung seitens Dritter geschwächt wird. . . . .

Art. 876 cit. schützt jeden Bürger, mag er nun seinerseits eine Firma führen oder nicht, gegen Beeinträchtigungen, welche ihm daraus entstehen, dass sein Name unbefugter Weise als Firma verwendet wird. Dieser Grundsatz darf unbedenklich auch auf die unbefugte Verwendung eines Namens zur Geschäftsbezeichnung in einem Laden — oder Wirtshausschild u. dgl. angewendet werden. In der That ist die Verletzung, welche dem Namenberechtigten aus unbefugtem Anbringen seines Namens auf einem Laden — oder Wirtshausschild u. dgl. erwachsen kann, keine andere oder geringere, als bei unbefugter Aufnahme des Namens in eine Firma; im einen

wie andern Falle sind die gleichen Interessen gefährdet, da im einen wie im anderen Falle im Publikum der Glaube erweckt wird, als sei der Namenberechtigte der Geschäftsinhaber, was diesem, wie nicht näher ausgeführt zu werden braucht, in verschiedener Beziehung zum Nachteil gereichen kann. Wenn das Gesetz daher den Namenberechtigten gegen missbräuchliche Verwendung seines Namens als Firma schützt, so muss nach Sinn und Geist desselben der gleiche Schutz auch gegen die unbefugte Aufnahme des Namens in eine Geschäftsbezeichnung gelten."

Obgleich es sich hier um keine eingetragene Firma handelte, zog das Bundesgericht doch O. 876 bei, was es sonst in mehrfachen ähnlichen Fällen entschieden abgelehnt hat.

4. Die Priorität des Gebrauches gegenüber einem spätern Registereintrag hat das Genfer Civilgericht in folgendem Falle vom Jahre 1892 geschützt: Christin betrieb seit mehreren Jahren in Genf einen Bazar unter der Bezeichnung à la Ménagère ohne Eintrag im Handelsregister. Am 25. März 1891 nahm die Firma Odier & Moilliet, welche ein ähnliches Geschäft betreibt, den Zusatz à la Ménagère in ihre Firma auf und liess dies im Handelsregister eintragen. Christin verlangte Aberkennung des Zusatzes und wurde von der ersten Instanz (Chambre commerciale) abgewiesen, während ihm die zweite Instanz (cour de justice civile) mit nachstehender Motivierung Recht gab:

La contestation entre les parties porte, en réalité, sur le droit exclusif à l'usage de l'enseigne, „A la Ménagère." Il est constant, que Chr. s'en est servi pour désigner son commerce avant qu' O. et M. aient commencé à faire de même, et il n'est pas douteux que cette antériorité dans l'usage n'ait eu pour conséquence de créer, en faveur de Chr. des droits auxquels il n'est pas permis à un autre de porter atteinte, sans s'exposer à une demande de réparation basée sur l'art. 50 C. O.

Il n'est point nécessaire, pour que Chr. possède une action contre O. et M. qu'il soit établi que ceux-ci ont agi avec une intention dolosive; il suffit pour cela, qu'ils aient agi sans droit, par négligence ou par imprudence, et d'une manière dommageable; il y aura, dans ce cas, non une concurrence déloyale, mais une concurrence illicite.

En fait O. et M. paraissent avoir agi avec une entière bonne foi et avoir ignoré la circonstance que Chr. s'était déjà approprié la désignation qu'ils ont donné à leur tour à leur commerce, mais

ils n'en ont pas moins commis, sans droit par imprudence ou négligence, un acte dommageable à Chr. (Ztschrft. XI Revue X, Seite 102.)

5. Im Falle Indergand gegen Tresch standen sich zwei Handelsregistereinträge gegenüber; das Bundesgericht kümmerte sich um keinen von beiden, sondern entschied lediglich nach der Priorität des Gebrauches.

Der Kläger Tresch war seit mehr als 30 Jahren Inhaber des Gasthauses „Stern und Post" in Amsteg, in welchem sich seit ebensolange das Postbureau befand. Im Handelsregister war er mit der Firma „Andreas Tresch Amsteg" und die Natur des Geschäftes mit „Hôtel Sternen und Post" eingetragen. Am 27. Februar 1893 liess der Beklagte Franz Indergand die Firma „F. Indergand" eintragen mit der Natur des Geschäftes Hôtel zum Kreuz; am 28. Juli 1893 änderte er die Natur seines Geschäftes ab in „Kreuz und Post" und brachte den Zusatz „und Post" auch auf seinem Gasthofschilde an. Das Postbureau befand sich nie in seinem Hause. Der Bundesrat, an welchen Tresch zuerst rekurrierte fand vom firmenrechtlichen Gesichtspunkte aus die Unterscheidung genügend und wies Tresch ab. Das Bundesgericht entschied im Einklang mit beiden kantonalen Instanzen zu Gunsten Treschs und verbot Indergand den Gebrauch des Zusatzes „und Post" mit der Begründung:

„Die Bezeichnungen „Kreuz und Post" und „Stern und Post" sind nicht die Firmen der Geschäftsinhaber, sondern Gasthofschilder.

„Wenn daher der Beklagte seinen Gasthof gleich dem Kläger mit dem Zusatz „und Post" versehen hat, so kann darin nicht ein unbefugter Gebrauch der klägerischen Firma erblickt werden, der den Kläger auf Grund von Art. 876 O. R. zur Klage auf Unterlassung der weiteren Führung dieses Namens und auf Schadenersatz berechtigen würde. Dagegen gewährt das schweizerische Recht auch der Führung von Gasthofschildern seinen Schutz, insofern, als in der Nachahmung eines solchen Schildes eine nach den Grundsätzen des Art. 50 u. f. O. R. unzulässige Konkurrenzausübung liegt, und zwar ist ein Gasthofbesitzer berechtigt, in diesen Fällen nicht nur Ersatz des aus der illoyalen Konkurrenz entstandenen Schadens, sondern auch die Beseitigung des dem seinigen täuschend ähnlichen Schildes zu verlangen (siehe Bundesgerichtliche Entscheidungen XVII, Seite 517). Kläger kann also den Rechts-

schutz dagegen anrufen, dass ein Dritter seinen Gasthofschild „Stern und Post“ in der Weise nachmache, dass daraus beim reisenden Publikum Verwechslungen und Irrtümer zu seinem Nachteil entstehen. Dieser Rechtsschutz steht ihm zu, weil er diesen Schild an dem Orte zuerst besessen hat; schon hieraus allein folgt seine Berechtigung, gegen Nachahmungen desselben durch Dritte Einsprache zu erheben, soweit durch diese Nachahmungen die Gefahr einer Irreführung des Publikums und damit einer Schädigung seiner Interessen entsteht. Hier kommt nun aber noch dazu, dass das Postbureau sich thatsächlich seit Jahrzehnten in dem Gasthause des Klägers befunden hat, und daher eine ganz besondere Veranlassung bestand, diesem letzteren den Zunamen „Post“ zu geben.

Fragt sich nun, ob in der Bezeichnung des beklagtischen Gasthofes als „Kreuz und Post“ eine unerlaubte Konkurrenz liege, weil das klägerische Hotel seit langer Zeit in dieser Ortschaft allein den Zusatz „und Post“ getragen hat, so muss dies nach den Akten bejaht werden. Allerdings besteht zwischen den beiden Benennungen der Unterschied, dass das klägerische Hotel neben der Bezeichnung Post die Bezeichnung Stern, das beklagtische dagegen die Bezeichnung Kreuz trägt, und soweit es sich um Geschäftsfirmen handeln würde, müsste hierin allerdings ein in genügendem Masse wahrnehmbarer Unterschied erblickt werden. Allein es kommt hier eben in Betracht, dass diese Gasthofbenennungen wesentlich den Zweck haben, sich den Reisenden einzuprägen, und dass hier Verwechslungen von solchen überall gebräuchlichen Benennungen, wie Stern und Kreuz leicht vorkommen können. Der Reisende wird sich weniger daran erinnern können, ob das Gasthaus in welchem er logiert hat, Kreuz oder Stern heisse, dagegen wird sich ihm die Bezeichnung Post einprägen, weil mit derselben eine bestimmte Nebenvorstellung, diejenige der Postanstalt verbunden ist.“ (Urteil des Bundesgerichtes vom 6. Oktober 1894 i. S. Indergand gegen Tresch. — Entcheidungen 1894, XX, Seite 902 ff. Ztschrft. XIV N. F., Seite 345. Revue XIII, Seite 6—8.)

Der Einwand des beklagtischen Anwaltes, der Ausdruck Post werde nach dortigem Sprachgebrauch nicht als Bezeichnung des staatlichen Postbureaus, sondern als Fuhrhalterei aufgefasst, und es gebe z. B. in Flüelen sogar drei Hôtels zur Post, wurde als zu lokaler Natur und den Reisenden, für welche der Gasthof bestimmt sei, unbekannt, vom Gerichte gleichfalls abgelehnt. Hiemit kommt der Begriff der thatsächlichen Wahrheit doch wieder in Berücksichtigung, so dass man sich fragen darf, wie wohl der Fall läge, wenn sich das

Postbureau seit Jahrzehnten in dem einen Gasthause befände, ohne dass der Eigentümer den Zusatz „zur Post“ für sich verwendet hätte, weil ja Publikum und Reisende ohnehin schon sein Haus als Post kennen und bezeichnen, und wenn es nun einem andern Gasthofbesitzer einfiele, die Bezeichnung zur Post zu wählen, und auf seinem Schilde anzubringen? Ohne Zweifel besässe den bisherigen Urteilen gemäss der zweite die Priorität des Gebrauches; würde derselbe wohl auch dem Thatbestand gegenüber, dass sich die Post gar nie in seinem Hause befand, und das andere im Volksmund stets als Post bezeichnet wurde, ohne aber diesen Titel auf dem Schilde zu tragen, mit seinem Gasthofschilde geschützt? Das wäre nach dem Wortlaute der citierten Urteile konsequent, aber etwas hart; denn der zweite befände sich doch unzweifelhaft in bösem Glauben, da jedermann seit vielen Jahren dem Gasthause des ersten den Titel „zur Post“ beilegte, man gar kein anderes Haus, als dieses, unter der Bezeichnung kannte und letztere dem Thatbestande, somit der Wahrheit auch wirklich entsprach, so dass der Eigentümer sich seit einem Menschenalter als den einzig Berechtigten ansehen und darum die Aufnahme in den Gasthofschild als etwas Selbstverständliches und Ueberflüssiges unterlassen konnte. Und wie, wenn gleich dem erstcitierten Falle „C. Rudolf, Gasthaus zur Post“ das Postbureau später an den Zweiten übergegangen wäre, und nun der Erste beim Verluste der staatlichen Post sein seit 30 Jahren als Post bezeichnetes Haus auf dem Schilde erst als solche bezeichnet hätte, während der Zweite beim Uebergange der Post an ihn oder schon vorher den Zusatz „zur Post“ gleichfalls aufnahm? Man käme hier mit der blossen concurrence déloyale doch etwas in Konflikt.

6. Hochinteressant für unsere Frage ist das Urteil des Zürcher Handelsgerichtes vom 9. März 1894 i. S. Weiss gegen Waldkirch (Schweizer Blätter für handelsrechtl. Entscheidungen XIII. Seite 122. — Ztschrft. N. F. XIII. Revue XII. Seite 148 ff.).

Am 12. März 1891 liess Frau L. Knecht-Gossweiler, welche in der Nähe des Theaters eine Wirtschaft betrieb, ins Handels-

register eintragen, dass ihr Geschäftslokal sich nunmehr im Café du théâtre, Dufourstrasse 20, befinde. Gleichzeitig machte sie den Behörden Anzeige, dass sie ihr Wirtschaftspatent nunmehr unter dem Namen Café du théâtre weiter führe, und schon zwei Monate vorher hatte sie anderwärts mitgeteilt, ihre Adresse sei vom 1. April 1891 an Café du théâtre; desgleichen hatte sie Briefcouverts mit Café du théâtre bestellt.

Am 21. März liess der Inhaber einer ebenfalls in der Nähe des Theaters gelegenen, bis anhin unter dem Namen „Café Schanzeneck" betriebenen Wirtschaft letztere mit der Aufschrift „Café du théâtre" versehen und publizierte diese Aenderung in mehreren Blättern. — Am 24. April liess er ins Handelsregister eintragen: „Inhaber der Firma J. F. Weiss, Café du théâtre in Riesbach ist Joh. Fried. Weiss, Restauration Seefeldstrasse 1." Gestützt auf diesen Eintrag, sowie auf die weitere Behauptung, er habe den Entschluss, seinem Restaurant den Namen „Café du théâtre" zu geben, schon Mitte 1890 gefasst und sich in diesem Sinne auch gegenüber Drittpersonen geäussert, verlangte er im summarischen Verfahren gegenüber Frau K. ein Verbot auf Führung der Enseigne „Café du théâtre," wurde aber mit seinem Begehren zweitinstanzlich abgewiesen.

Nachdem Frau Knecht die streitige Wirtschaft in der Folge verkauft und deren Rechtsnachfolger im Handelsregister die Firma hatte eintragen lassen: „N. Waldkirch, Grand Café du théâtre," belangte Weiss den letzteren vor Handelsgericht auf Streichung der Worte „du théâtre."

Die Klage wurde mit folgendem Motive abgewiesen:

Wenn davon ausgegangen werden kann, der Zusatz „Café du théâtre" sei ein gesetzlich zulässiger Bestandteil der Firma des Klägers, so hat dieser gemäss Art. 876 O. R. das Recht auf den ausschliesslichen Gebrauch seiner mit diesem Zusatz versehenen, im Handelsamtsblatt veröffentlichten Firma und steht ihm nach Abs. 2 dieser Gesetzesstelle gegenüber jedem Unberechtigten der Anspruch auf Unterlassung eines ihn beeinträchtigenden unbefugten Gebrauches derselben zu.

Eine solche Beeinträchtigung liegt gemäss Art. 868 O. R. dann vor, wenn der Beklagte eine Firma führt, welche sich von derjenigen des Klägers nicht „deutlich unterscheidet." Als „deutlich" muss dabei jede Unterscheidung gelten, welche bei Verwendung der im Verkehre üblichen Sorgfalt erkennbar ist, und es genügt hiezu, im Unterschied zu den Grundsätzen des Markenrechtes, an einer verhältnismässig unbedeutenden Verschiedenheit, da es im Verkehr üblich ist, beim Gebrauche einer Firma und beim Kontrahieren mit einer solchen mit Genauigkeit zu verfahren. (Bundesger. Entsch. A. S. Bd. XVII, S. 649, Erw. 4 i. S. Hediger.)

Nun lautet die Firma des Klägers „J. F. Weiss, Café du théâtre“, im Vergleich mit derjenigen des Beklagten „N. Waldkirch, Grand Café du théâtre“, derart verschieden, dass eine Verwechslung beider Firmen bei irgend welcher Sorgfalt überall nicht befürchtet werden muss.

Ohne Zweifel muss nämlich in dieser Hinsicht jeweilen die ganze Firma in Betracht gezogen werden. Dies folgt daraus, dass der in Art. 876 O. R. statuierte Rechtsschutz „der Firma“ zukommt, welche aber nur als ganzes eine solche ist; die Argumentation, dass der Schutz der Firma als eines Ganzen auch denjenigen ihrer einzelnen Bestandteile, und zwar eines jeden für sich, bewirke, ist demnach unlogisch, und eine solche Auslegung würde auch offenbar der Meinung des Gesetzes zuwiderlaufen. — Ein derartiger Anspruch ist denn auch vom Bundesgericht speziell mit Bezug auf Gasthofbezeichnungen wie „Hôtel“ und „Grand Hôtel“ verneint worden. (A. S. Bd. XVII, S. 516, Erw. 5 und Revue X, Nr. 4 i. S. Danioth c. Christen-Kesselbach.)

Der Kläger beruft sich sodann weiter auf Art. 50 und 55 O. R. zum Schutze gegen eine angebliche illoyale Konkurrenz des Beklagten. Ein derartiger Anspruch ist auf Grund der bundesrechtlichen Praxis im Anschlusse an die französische Rechtsanschauung insofern in gewissem Masse anzuerkennen, als der kaufmännische Kredit, als ein immaterielles Gut, von Konkurrenten nicht mittelst einer Handlungsweise geschmälert werden darf, welche sich als unlautere Konkurrenz (concurrence déloyale) qualifiziert, und dass hiegegen dem Verletzten nicht bloss eine Schadenersatzforderung, sondern auch eine Präjudicialklage zusteht. (Vgl. Entsch. des Bundesgerichtes i. S. Danioth c. Christen-Kesselbach a. a. O.: i. S. J. S. Stahl c. Weiss-Boller, A. S. Bd. XVII, S. 712 ff., Erw. 2 und 5; Revue X, Nr. 30; Blätter für h.-r. Endsch., Bd. X, S. 328, Erw. 2, S. 133, Erw. 2 und die dort angeführten Entscheidungen und Litteraturangaben. Und zwar bedarf es in dieser Hinsicht keiner Handlungsweise, wodurch ein bestimmtes, vom Gesetz auch sonst geschütztes Rechtsgut verletzt würde, wie z. B. das Firmenrecht, vielmehr genügt es an einer an sich erlaubten, d. h. nicht verbotenen Handlung, wenn sie die Schädigung eines Andern bezweckt und nach der Anschauung des Verkehrs gegen die gute Sitte verstösst.

Als ein solches, gegen illoyale Konkurrenz geschütztes Rechtsgut sind nun Etablissementsbezeichnungen allerdings grundsätzlich anzuerkennen, indem erfahrungsgemäss der kaufmännische Kredit und die Kundschaft in manchen Fällen eben an solche Namensbezeichnungen geknüpft sind, welche sich dem Gedächtnis des Publikums oft intensiver, als der Name des Geschäftsinhabers, einprägen, und dies gilt namentlich von Gasthof- und Wirtschafts-

schilden, unter denen die bezüglichen Geschäfte in der Regel bekannt sind.

Von einer unlautern Konkurrenz durch Anmassung einer bereits im Gebrauche stehenden Etablissementsbezeichnung kann indes nur dann die Rede sein, wenn die Anmassung mit der Absicht der Schädigung des Konkurrenten bezw. der eigenen Bereicherung zu dessen Kosten geschieht. — Dagegen kann es unmöglich angehen, dass jemand mittelst seines blossen Entschlusses gewisse Namensbezeichnungen für sich occupiert und daraus gar ein stärkeres Recht gegen deren bisherigen Gebrauch seitens Anderer herleitet. —

Nach dem Gesagten ist es unerheblich, wenn der Kläger bezüglich der Konzeption der Idee jener Benennung gegenüber dem Beklagten zeitlich im Vorsprunge war. — Wesentlich ist vielmehr lediglich der Zeitpunkt der öffentlichen Kundgebung der fraglichen Namensbezeichnung ans Publikum, und in dieser Hinsicht lässt sich eine Priorität seitens des Klägers nicht feststellen.

Das hätte gerade noch gefehlt, dass schon die Konzeption der Idee geschützt worden wäre! Freilich ist das Bundesgericht schon so weit gegangen, dass schliesslich auch dieser Gedanke aufkommen konnte; denn welcher Akt soll den Zeitpunkt bezeichnen, von wann an jemand Eigentümer einer Geschäftsbezeichnung in der Weise wird, dass er einen anderen ausschliesst? Bei welcher Grenze beginnt das Prioritätsrecht des einen und die concurrence déloyale des anderen? Man wird entgegnen, das sei eben quaestio facti und müsse dem Gerichte überlassen bleiben; jawohl, aber noch besser wäre es, wenn man den Richter vermeiden könnte, denn das Recht soll nicht erst durch den Richter gesetzt werden, anderenfalls brauchten wir überhaupt keine Gesetze mehr. Zudem ändern so vage und kautschukartige Begriffe, wie der des unlauteren Wettbewerbes, von Präsident zu Präsident, von Gericht zu Gericht, und von Jahr zu Jahr. Was soll man z. B. damit anfangen, wenn das letzterwähnte Zürcher-Urteil von einer Handlung spricht, die nach der Anschauung des Verkehrs gegen die gute Sitte verstosse. Das ist doch nicht viel mehr, als Wahn und Dunst; denn die gute Sitte wechselt fast wie die Mode, zu der ein grosser Teil derselben überhaupt gehört, und die Anschauungen des Verkehrs sind womöglich noch unsicherer.

Es giebt Fälle, wo man selbst mit der elastischen concurrence déloyale ins Gedränge gerät und sich unwillkürlich nach einem solideren Haltepunkt umsieht. Deshalb tragen viele ihre Geschäftsbezeichnung ins Handelsregister ein, sei es in der Firma, sei es in der Natur des Geschäftes, um einen Beweis für ihre Priorität zu haben; es soll damit nicht einem früheren Inhaber sein Recht weggenommen, sondern nur einem späteren Ansprecher gegenüber das Vorrecht konstatiert werden. Da wenigstens, wo keine Deloyalität zu beweisen und daher bona fides anzunehmen ist, liesse sich immerhin der Eintrag im Handelsregister als massgebend anerkennen; wenn er auch nur deklarativen und keinen konstitutiven Charakter trägt, so ist er doch ein staatlicher Akt, eine vor Behörden abgegebene und meist doppelt publizierte, öffentliche Erklärung. Man dürfte daher mit Recht verlangen, dass einer, der sich besser berechtigt glaubt, hiegegen Einsprache erhebe, und könnte dafür ganz gut eine Frist ansetzen. Auf diese Weise erhielten wir, wenn auch nicht für alle Fälle, so doch für die im Handelsregister eingetragenen Firmen nach einiger Zeit eine Sicherheit; denn wüsste er, dass eventuell deren Existenz vom Eintrage abhängt, so würde sich jeder beeilen, seine Enseigne im Handelsregister einzutragen und derjenige, der aus Indolenz die Präklusivfrist versäumte, dürfte sich nicht beklagen, wenn er sein Recht verlöre. So macht man es in anderen Fällen auch und fährt gut dabei. Will man hiezu das Firmenbuch nicht verwenden, so könnte man ein besonderes Verzeichnis der Enseignen anlegen und dasselbe neben den anderen Büchern auf dem Handelsregisterbureau führen. Ein Spezialgesetz müsste dann dessen Wirkung und Führung ordnen, doch wäre letzteres nicht einmal nötig, ein einziger diesbezüglicher Artikel im Obligationenrecht dürfte einstweilen die gleichen Dienste thun. Damit würde der Verkehrssicherheit unbedingt ein Dienst erwiesen und eine Anzahl Prozesse von vornherein abgeschnitten.

Wie verhält es sich übrigens bei den heute schon im Handelsregister eingetragenen Fällen; giebt es keinerlei

Acquisitivverjährung oder eine Verjährung des Einspruchsrechtes? Besonders wenn beide, wie in dem unter 4) citierten Genfer Falle neben einander die gleiche Enseigne führen, ohne es zu wissen oder ohne sich daran zu stossen? Wie auch, wenn die Geschäftsbranchen verschieden sind, so dass im eigentlichen Sinne eine Konkurrenz gar nicht eintreten kann? Gemäss den bundesgerichtlichen Urteilen ist O. 876 nicht anwendbar; was soll denn dann angewendet werden, wenn auch die concurrence déloyale nicht mehr passt? Ein Interesse, dass ein anderer nicht die gleiche Enseigne, wenn auch für einen verschiedenen Geschäftszweig, wähle, besteht ganz entschieden, wäre es auch nur, weil die Briefe verwechselt oder gar verloren werden. Soll da der erste Besitzer der Enseigne vorgehen oder der, welcher den Eintrag im Handelsregister hat vornehmen lassen, oder welcher, wenn beide in gleicher Lage sind, und aus welchem Klagfundamente soll geklagt werden? Hier wäre eine gesetzliche Regelung höchst notwendig, die sich im Anschlusse an O. 867. 868. 876 wohl finden liesse.

Das Bundesgericht hat sich einstweilen bloss mit Geschäftsbezeichnungen von Wirtschaften abgegeben,[1]) sind dessen Grundsätze auch unbedingt auf alle Enseignen auszudehnen, also auch auf die so modern gewordenen Phantasie-

[1]) In neuester Zeit ist ein bundesgerichtlicher Entscheid ergangen, der sich auf eine industrielle Geschäftsbezeichnung zu beziehen scheint (l'industrie genevoise d'Eléctricité) und ausspricht, dass auch im allgemeinen Geschäftsbezeichnungen individuellen Charakters geschützt seien und derjenige ein ausschliessliches Recht auf sie erwerbe, welcher sie zuerst für sein Geschäft gebrauche und in den Verkehr einführe. (Entsch. vom 6. März 1897 i. S. G. Olivet und G. Olivet & Cie. in Liquidation c. Bousser, Ztschrft N. F. XVI, Revue XV, S. 84). Da aber in der Revue nur einige aus dem Zusammenhang genommene Sätze wiedergegeben sind, während in der offiziellen Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheide der Fall noch nicht publiziert ist, so wissen wir nicht, um was es sich eigentlich handelt, ob um einen Firmenzusatz oder um eine blosse Enseigne. — Soll das Recht der Priorität in so ausschliesslicher Weise angewandt werden, wie es hier ausgedrückt wird, so müssen wir unbedingt den offiziellen Eintrag und eine amtliche Veröffentlichung verlangen.

zusätze, die ja meist ganz willkürlich gewählt und für alle möglichen Geschäftsbranchen verwendet werden und zwar durchaus nicht immer aus den lautersten Motiven und von den solidesten Geschäftsleuten? Wer ein Bischen in den Verkehr einer grösseren Handels- und Geschäftsstadt hineinsieht, weiss, was für ein Unfug mit solch marktschreierischen Firmenzusätzen und Geschäftsenseignen getrieben wird. Will da das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung auch aufrecht erhalten?

Oder soll man, wie dies volkstümlicher Weise verlangt wird, die concurrence déloyale so ausdehnen, dass die Klage jedem gegeben würde, auch wenn er keinen eigenen Schaden nachweist, lediglich gestützt auf eine behauptete Schädigung des öffentlichen Interesses? Das gäbe entweder ein allgemeines Denunziantentum oder führte zu gar nichts, da wohl viele schimpfen, wenige aber klagen. Da ernenne man lieber gleich einen Handelsstaatsanwalt oder einen Censor. Wir kommen hier wieder auf das gleiche Resultat, das wir schon oben erwähnt haben, man muss mit dem unlauteren Wettbewerb sehr vorsichtig umgehen, wenn man nicht mehr Schaden stiften will, als Nutzen.

Jedenfalls bedarf die Frage der geschäftlichen Zusätze einer Regelung, sei es durch Gesetz, sei es auf dem Wege der Verordnung in Anschluss an O. 867. 868 und 876. Dehnt man das Recht der Priorität in der bisherigen Weise von den Wirtsschildern auch auf die anderen Geschäftsbezeichnungen und Enseignen aus, so werden die Konflikte so zahlreich und besonders bei den Phantasiezusätzen zu Reklamezwecken so komplizierter Natur, dass das Bundesgericht schwerlich seine jetzige Rechtsprechung wird durchführen können. Ein anderer, rascherer und sichererer Schutz ist unbedingt notwendig und den gewährt nur der Eintrag in einem öffentlichen Buche mit amtlicher Publikation. Für die bisher schon im Gebrauch befindlichen Enseignen wäre ähnlich O. 902 eine Frist zu bestimmen und auch für die Anfechtung eine solche festzusetzen. Schon jetzt glaubt das Publikum, der Eintrag im Handelsregister biete einen staatlichen Schutz,

und begreift es kaum, wenn es der Registerführer des Gegenteiles belehren muss.

Un jurisconsulte très aprécié, wie ihn der Bericht des schweizerischen Konsuls in Lyon nennt, schreibt über diese Frage für den französischen Rechtszustand:

D'après la législation et la jurisprudence française chacun, individu ou société, peut dans l'exercice de son commerce adopter la dénomination qui lui convient, même de pure fantaisie. Cette dénomination n'est en réalité considérée que comme une sorte d'enseigne. — Toutefois lorsqu'elle a été empruntée par quelqu'un autre, la question est de savoir, si cet autre est en droit de la conserver. A cet égard on distingue : une dénomination générique appartient à quiconque la veut employer; une dénomination de fantaisie prise pour distinguer son propre commerce, sa propre industrie appartient à celui qui l'a choisie le premier. En cas de confusion par des ressemblances ou analogies les tribunaux ont le droit de prescrire les modifications qu'ils jugent convenables à l'effet de prévenir les confusions.

Das ist ganz recht, aber eine Ordnung wird erst eintreten, wenn man in der einen oder der anderen Weise für den Eintrag der Einseignen in einem öffentlichen Buche sorgt. Allein schon dieser Zwang verhindert manchen Missbrauch; den ehrlichen Leuten wird er willkommen sein, und für die anderen sei das Straf- und Polizeigesetz.

Zum Schluss dieses Abschnittes noch ein untergeordneterer Punkt.

Das Obligationenrecht enthält keine Bestimmung über die Firma der Zweigniederlassung. Man könnte O. 865 Abs. 2 in Gegensatz bringen zu O. 868 und sagen, gleichwie bei der Filiale einer auswärtigen Firma das schweizerische Firmenrecht cessiert und die im Ausland richtig eingetragene Firma als solche auch im Inland anerkannt wird (vergl. hievor S. 617), so verliert O. 868 auch gegenüber der Filiale einer an einem anderen Orte richtig eingetragenen Firma seine Kraft. Wir glauben, das zurückweisen und O. 868 auch auf die Firma einer Zweigniederlassung ausdehnen zu müssen, d. h. auch diese soll sich von jeder am gleichen Orte eingetragenen Firma, gleichviel ob Zweig- oder Hauptniederlassung, deutlich unterscheiden.

Das D. H. G. B. enthält in § 21 Abs. 2 eine derartige Bestimmung, die man ganz wohl auch bei uns hätte aufnehmen dürfen. Man kann ja durch eine entsprechende Auslegung des Art. O. 868 zu dem gleichen Resultate gelangen; besser aber wäre es, die Vorschrift stünde im Gesetze. Bei einer gelegentlichen Revision dürfte auch hierauf Rücksicht genommen werden.

An O. 868 und 874 ist u. E. nichts zu ändern, bei O. 867 Abs. 2 sollten die Zusätze etwas erweitert und ähnlich dem deutschen Entwurfe ein Verbot täuschender oder Irrtümer erregender Zusätze aufgenommen, endlich der zweite Satz, gleich O. 868, anderswo untergebracht werden, damit man deutlich sieht, dass er sich nicht nur auf die Einzelfirma, sondern auch auf die anderen Firmen bezieht.

Die Uebertragbarkeit der Firma.

Das Obligationenrecht verbietet im Anschluss an die französische Gesetzgebung (vgl. hievor S. 575) die Uebertragung von Firmen, sei es von Todes wegen, sei es unter Lebenden, und gestattet der neuen Firma nur sich als Nachfolgerin der alten in einem diesbezüglichen Zusatze zu bezeichnen, resp. die alte in einem Nachfolgezusatz beizubehalten.

O. 874 der hier allein in Betracht fällt, lautet:

> „Auch der Erwerber oder der Uebernehmer eines bestehenden Geschäftes ist an die obigen Vorschriften über Führung einer Firma gebunden. Er kann jedoch, wenn der frühere Inhaber oder dessen Erben ausdrücklich oder thatsächlich dazu einwilligen, seiner Firma einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz beifügen.“

Ueber die ein Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusätze und die Stellung derselben zur neuen Firma haben wir schon oben im speziellen Abschnitte über die Zusätze gesprochen (vgl. S. 714 ff.), es bleibt uns hier im Wesentlichen nur die prinzipielle Frage zu erörtern, ob beim Uebergang eines Geschäftes die alte Firma vom neuen Erben dürfe beibehalten

werden oder nicht, eventuell ob auch ohne Uebergang des Geschäftes eine bestehende Firma als solche auf einen Andern dürfe übertragen werden.

Es ist diese Frage der sogenannten abgeleiteten Firmen, wie sie die deutsche Rechtswissenschaft bezeichnet, eine der tiefst greifenden, materiell wichtigsten und daher am meisten erörterten des ganzen Firmenrechtes. Sie steht beinahe auf gleicher Stufe, wie die der Firmenwahrheit selbst; denn lässt man die Uebertragung der Firmen zu, so wird der Firmenwahrheit mindestens die Hälfte ihres ganzen Gebietes entzogen.

Unser Gesetz hat nach längerm Zögern sich in verneinendem Sinne entschieden. Heute wird die Frage aufgeworfen, ob es damit recht that, oder ob wir den eingeschlagenen Weg verlassen wollen. Anlass hiezu dürfte weniger ein direktes Begehren um Abänderung unseres Systems gegeben haben, denn ein solches wurde nirgends bekannt, als vielmehr die Praxis mit ihrem Bestreben, das Gesetz zu Gunsten einer Beibehaltung der alten Firmen zu umgehen.

Wir haben diese von den Behörden zum mindesten geduldete Praxis in ihren einzelnen Aeusserungen bei den Abschnitten über die Kollektivgesellschaft und die Aktiengesellschaft besprochen und brauchen daher hier nicht mehr näher darauf einzutreten; es genügt daran zu erinnern, dass entgegen O. 873 bisherige persönliche Firmen bei der Uebernahme des Geschäftes durch eine Aktiengesellschaft unverändert beibehalten wurden und einen integrierenden Bestandteil der neuen Aktienfirma bilden, ja dass einzelne Firmen einfach in ihrem bisherigen Bestande mit dem Zusatze Aktiengesellschaft weitergeführt wurden. All dies geschah lediglich, um die alte Firma zu wahren und so das System als solches illusorisch zu machen. Mit O. 873 wurde selbstverständlich auch immer O. 874 verletzt, was den Vorgang an sich kaum ärger gestaltet, als er ohnedies sich darstellt; denn für denselben giebt es absolut keinen Rechtfertigungsgrund, als den des offenen Widerstandes gegen das Gesetz, im Wortlaut, sowohl als auch im Sinn. Eine juristische Recht-

fertigung wurde auch gar nie versucht, sondern die Interessenten brachen einfach das Gesetz und die Behörden schauten nicht nur zu, sondern billigten die That, indem sie die ungesetzlichen Firmen eintrugen und publizierten. Die Frage der Revision, die heute der Schweizerische Juristenverein stellt, kommt daher etwas post festum oder post factum; denn wozu sollen wir noch revidieren, da wir bereits vor die vollendete Thatsache der praktisch durchgeführten Revision gestellt sind? An O. 837 brauchen wir gar nichts mehr und an O. 869 wenig mehr zu revidieren, da man bereits über sie ganz oder teilweise hinweggegangen ist und das revidierte Gesetz nur noch als unterthänige Sklavin der triumphierenden Praxis nachhinken könnte. Wäre es nicht sicherer, den beiden Artikeln auch noch die andern nachzuwerfen; denn wer garantiert, dass sie nicht von sich aus den gleichen Weg einschlagen?

Warum sollte das nicht eben so gut zulässig sein? Kann man in die Firmen von Aktiengesellschaften, entgegen O. 873, die Namen bestimmter lebender Personen bringen, kann man trotz O. 874 alte Firmen beibehalten und unbeschadet O. 869 die Namen früherer Firmeninhaber übertragen, so bleibt kaum mehr abzusehen, weshalb man nicht für Einzelfirmen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften anonyme Firmen sollte verwenden; man gebe einfach einen Zusatz bei, der den Charakter der Firma bezeichnet und sagt, was mit derselben gemeint wird, dann ist die Geschichte fertig und wir sind beim Gegensatz unseres Systems, der vollen Firmenfreiheit, angelangt.

Getäuscht wird dabei das Publikum viel weniger; denn einenteils kann es bei genügender Aufmerksamkeit aus dem charakterisierenden Zusatze erkennen, mit wem es zu thun hat, und andernteils weiss es, dass es nichts weiss und im Handelsregister nachsehen muss, wenn es etwas wissen will. Dieses System ist durchaus nicht zu verdammen; denn es bleibt wenigstens ehrlich und zieht keine Umgehungen gross wo kein Gesetz existiert, kann man auch keines brechen. Wir haben bei den ausländischen Rechten gesehen, dass man

auch damit leben kann, und dass es eigentlich sehr wenige giebt, die eine volle Firmenwahrheit verlangen. Selbst in Frankreich wird nach den Berichten unserer Vertreter das Gesetz vielfach missachtet, so dass wir auch darin nicht allein stehen. Geben wir unser Prinzip bezüglich der Uebertragbarkeit der Firmen auf, so treten wir nur wieder in die Gemeinschaft der meisten übrigen Staaten ein. Damit geständen wir freilich zu, mit dem Firmenrecht von 1883 einen Irrtum begangen zu haben; aber das würde viel weniger schaden, als der jetzige Zustand, bei welchem das Gesetz einfach ignoriert wird. Lieber kein Gesetz, als eines, das man ungestraft übertreten darf.

Wägen wir nun Vor- und Nachteile der Uebertragbarkeit unparteiisch und möglichst nach allen Richtungen gegen einander ab.

Einzelne Rechte erklären die Firma als selbständiges Wertobjekt, das wie jedes andere beliebig verkauft, cediert, vermietet, verschenkt und vererbt werden könne (so Holland und Russland). In den Holländischen Debatten ging man sogar in der Konsequenz so weit, dass man die Firma als Aktivum in die Konkursmasse des Inhabers einstellen und nötigenfalls an öffentliche Gant bringen wollte.

Die meisten andern Rechte anerkennen eine Uebertragbarkeit der Firma nur bei gleichzeitigem Uebergang des Geschäftes. So bestimmt Art. 23 D. H. G. B.:

> „Die Veräusserung einer Firma als solcher, abgesondert von dem Handelsgeschäft, für welches sie bisher geführt wurde, ist nicht zulässig“

und der deutsche Entwurf hat in § 21 dasselbe aufgenommen:

> „Die Firma kann nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräussert werden.“

Ist diese Vorschrift vielleicht auch nicht streng konsequent, so bildet sie doch zweifelsohne eine heilsame Schranke, die wir nicht entbehren möchten. Allerdings passt sie auch nicht absolut für alle Fälle, denn es kann auch vorkommen, dass jemand unter derselben Firma zwei verschiedene Geschäfte betreibt; veräussert er nun das eine und behält das andere,

oder veräussert er beide an verschiedene Erwerber, welchem derselben soll die Firma folgen? Der Wortlaut des Gesetzes bleibt gewahrt, und doch entsteht ein Konflikt mit demselben und zwar ein unlöslicher. Zwei Geschäfte zu führen, kann man niemand verbieten, und eines davon oder beide zu veräussern, ebensowenig. Das einzige Hilfsmittel besteht im Verbot, dass derselbe Inhaber resp. dieselbe Gesellschaft zwei Geschäfte unter verschiedenen Firmen betreibe, ein Verbot, das sich durchaus rechtfertigt, da sonst das Publikum in die Täuschung versetzt wird, als ob es mit verschiedenen Personen kontrahiere; der in Anspruch genommene Kredit wäre also ein doppelter, eventuell dreifacher und noch mehr, die Haftung aber nur eine einfache. (Vergl. hievor Seite 661/2). Bei unserm jetzigen System ist das Verbot gut zu handhaben, anders aber beim deutschen. Wenn dort jemand zwei verschiedene, bisher unter verschiedenen Firmen von verschiedenen Inhabern betriebene Geschäfte erwirbt, so gestattet ihm das Gesetz die alten Firmen beizubehalten; denn was es ihm für eine Firma erlaubt, kann es ihm nicht für zwei oder drei untersagen ausser durch eine Spezialvorschrift, die aber einstweilen nicht existiert. So bringt es das deutsche System mit sich, dass jemand neben seiner eigenen, mit seinem Namen gebildeten Firma noch eine beliebige Zahl anderer, abgeleiteter Firmen besitzen kann, was natürlich für die Verkehrssicherheit die grössten Gefahren birgt. Selbstverständlich darf dann der Inhaber die einzelnen Firmen auch wieder veräussern, vorausgesetzt, dass er mit der Firma auch das durch sie repräsentierte Geschäft abtritt.

Evident hat man bei Aufstellung dieser Beschränkung Firma und Geschäft als zusammengehörig betrachtet und that gut daran, wenn man auch, genau genommen, damit nicht Recht hatte. Was aber, wenn der neue Erwerber das Geschäft ändert und unter der alten Firma ein ganz anderes Geschäft betreibt, wie dies thatsächlich und meist nicht aus gerade lautern Beweggründen geschieht? Das Gesetz schweigt hierüber, folglich müssen wir die Abänderung als zulässig erklären, was doch zweifelsohne dem Willen des Gesetzgebers

nicht entspricht. Dieser ging eben von der Regel aus und vergass, die in fraudem legis geschehenden Ausnahmen zu verbieten. Freilich kommen solche Aenderungen, wenn Jahre verflossen sind und die Firma bereits an einen neuen Erwerber oder an Erben übergegangen ist, auch ohne jede böswillige Absicht vor, so dass man dem Verbote wiederum eine Schranke hätte setzen müssen; darum erscheinen diejenigen Rechte als konsequenter, welche, wenn die Firma doch einmal als ein Wertobjekt gilt, deren Veräusserung vollkommen frei lassen. (Vergl. oben Seite 749/50.)

Abgesehen von dieser einen Beschränkung ist die Uebertragung der Firmen frei. Vorausgesetzt wird lediglich die Einwilligung des bisherigen Inhabers oder dessen Erben, was sich eigentlich von selbst versteht; denn man kann sich kaum denken, dass bei der Uebernahme eines ganzen Geschäftes die Parteien die Firma vergessen sollten und daher nachher Streit darüber entstünde, ob dieselbe inbegriffen sei oder nicht. Für diesen Fall sollte dann allerdings das Gesetz bestimmen, dass im Zweifel mit dem ganzen Geschäfte auch die Firma übergehe. Da eine solche Bestimmung fehlt, müssen wir annehmen, dass durch die Veräusserung des Geschäftes im Zweifel die Firma nicht übertragen werde.

Die freie Uebertragbarkeit der Firma bewirkt im Verkehr eine grosse Unsicherheit; man sieht keiner Firma mehr an, ob sie eine ursprüngliche oder eine abgeleitete ist, ob die in derselben enthaltenen Namen haftbaren Personen angehören oder nicht, ob wir eine Einzelfirma oder eine Gesellschaft vor uns haben und welcher Art diese letztere sei. Es erhoben sich deshalb auch in Deutschland viele Gegner dieses Systems, ja der Kampf gegen dasselbe bildete einen der wesentlichen Gründe für eine Umarbeitung des deutschen Handelsgesetzbuches. Beim ersten Entwurfe behielten denn auch die Gegner der Uebertragbarkeit die Oberhand, infolgedessen lautete der dortige § 19:

„Wer ein bestehendes Handelsgeschäft durch Vertrag oder von Todes wegen erwirbt, darf für das Geschäft die bisherige Firma als Anhang zu der neu gebildeten Firma oder

mit einem Zusatze, der den neuen Inhaber bezeichnet oder ein Nachfolgeverhältnis andeutet, fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich einwilligen."

Für die Praxis ist diese Vorschrift nicht ganz klar; denn einmal erscheint die alte Firma, das andere Mal die neue als Zusatz, so viel aber ergiebt sich sicher, dass die neue genannt und das wirkliche Verhältnis zwischen beiden gekennzeichnet werden muss.

Hiegegen erhoben sich in den Beratungen die Kaufleute und an deren Spitzen die Handelskammern mit Macht und setzten für den letzten Entwurf die Beibehaltung des alten Zustandes wieder durch, so dass die ganze Bewegung recht eigentlich im Sande verlief. Der lediglich im Wortlaut vom alten Art. 22 D.H.G.B. abweichende § 20 des Entwurfes lautet nunmehr:

„Wer ein bestehendes Handelsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen erwirbt, darf für das Geschäft die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigen."

Diesen Rückschritt zum alten Zustande rechtfertigt die Denkschrift auf Seite 34 mit folgenden Auseinandersetzungen, die zugleich in Kürze fast alles berühren, was zu Gunsten der Uebertragbarkeit gesagt werden kann, so dass wir uns mit deren Wiedergabe vieles sparen:

Das System des Handelsgesetzbuches ist nicht ohne Anfechtung geblieben; namentlich ist in neuerer Zeit von manchen Seiten eine strengere Durchführung des Grundsatzes der Firmenwahrheit nach dem Muster ausländischer Gesetze, insbesondere des Schweizerischen Obligationenrechts, als wünschenswert bezeichnet worden. Es entspricht indessen einer von Alters her bestehenden, auf achtungswerten Beweggründen beruhenden Gewohnheit des deutschen Handelsstandes, die Firma eines seit längerer Zeit bestehenden Geschäfts nicht aufzugeben, und es liegt kein ausreichender Grund dafür vor, dieser Uebung im Wege der Gesetzgebung entgegenzutreten. Mit der Firma verknüpfen sich die geschäftlichen Beziehungen, sowie der Ruf des Hauses, und nicht nur für die Erben eines Kaufmanns, sondern auch für die sonstigen Rechtsnachfolger im Geschäft ist

es ein Ehrenpunkt, die alte Firma fortzuführen und ihr Ansehen aufrecht zu erhalten. Auch erhebliche materielle Interessen sind hiermit verbunden.

Wollte man den Grundsatz der Firmenwahrheit unbedingt durchführen und dem Erwerber eines Geschäfts lediglich gestatten, seinem eigenen Namen die bisherige Firma beizufügen, so würde die Schwerfälligkeit der auf diese Weise gebildeten Firmen, die weitere Verwendung des früheren Geschäftsnamens in vielen Fällen unthunlich machen. Die Firma müsste zudem unter Umständen, wie z. B. bei rascher Folge des Eintritts oder Austritts von Familiengliedern, innerhalb kurzer Zeiträume stets von Neuem geändert werden. Es liegt aber auf der Hand, dass jede solche Aenderung die Festhaltung der unter der bisherigen Firma gewonnenen Geschäftsbeziehungen erschweren würde. Namentlich könnte zum Nachteil des deutschen Handels die Stellung, welche sich inländische Geschäfte im Ausland erworben haben, durch eine derartige Umgestaltung der Firma dauernd erschüttert werden.

Vielmehr als hier in der Denkschrift wurde in den Kommissionsverhandlungen die Uebertragbarkeit mit moralischen und ideellen Gründen verteidigt. Der alte, durch Generationen bewahrte, ehrwürdige Name, der allein schon die Inhaber über das gewöhnliche Niveau emporhebe und ihnen sittliche Verpflichtungen auferlege, die Ehre und die Solidität des deutschen Kaufmannes, die vor jedem Missbrauche schütze, der Vater, der für seinen Sohn gearbeitet hat und ihm mit weihevoller Rührung seinen geachteten Namen übergiebt, und dergleichen Erwägungen mehr wurden mit gebührendem Respekt hervorgehoben. Sie klingen alle sehr schön, besitzen jedoch keinen oder einen nur höchst problematischen Wert und lassen sich stets mit unendlich viel mehr der Wirklichkeit entnommenen Gegenbeweisen entkräften. Dass die Moral des neuen Inhabers durch die alte Firma gehoben werde, nimmt sich im Munde erfahrener, alter Kaufleute fast komisch aus; wer nicht sauber ist übers Nierstück, der wird auch durch die alte Firma nicht gereinigt, und ein unlauterer Wettbewerb wird dadurch, dass er sich hinter einen alten Namen versteckt sicherlich nicht geläutert. Die Unsolidität und die Charaktermängel des neuen Erwerbers werden durch den alten Namen höchstens während einiger Zeit verdeckt, der Nachfolger darf auf den guten Klang seiner

alten Firma hin eine zeitlang ungestraft schwindeln und einen Kredit ausnützen, der ihm auf seinen eigenen Namen nie wäre gewährt worden. Hiedurch aber nehmen nicht nur Einzelne, sondern die Allgemeinheit Schaden, indem Treu und Glauben des Verkehrs dabei leiden und das gegenseitige Misstrauen zunimmt. Der Veräusserer der Firma kümmert sich in der Regel mehr darum, ob er gut und sicher bezahlt wird, als um die Art und Weise, wie sein Käufer das Geschäft weiter führt. Selbst das schöne Beispiel von Vater und Sohn wird leider durch die Thatsachen gar oft Lügen gestraft; eher gilt die Regel, je tüchtiger der Vater, desto untüchtiger der Sohn. Und wie steht es denn mit den andern Trägern des alten Namens? Der Veräusserer selbst wird naturgemäss seinen eigenen Profit in den Vordergrund stellen und über den möglichen Missbrauch seines Firmanamens wegsehen, die andern Familienmitglieder aber, die denselben Namen tragen und nichts bei dem Geschäfte profitieren, werden schwerlich ein grosses Vergnügen empfinden, wenn der neue Erwerber auf Grund seines Kauftitels ihren guten Namen nach Belieben diskreditieren und schänden kann, ohne dass sie auch nur das mindeste dagegen zu thun vermögen; es bliebe ihnen schliesslich nichts übrig, als gleich den Nobilingen nach dem Attentat auf den deutschen Kaiser ihren eigenen Namen abzuändern.

Das starke Betonen der Moral ist ein sicheres Zeichen für die Schwäche der andern Gründe und beweist nur, dass man sich scheute, eigentlich die ausschlaggebenden finanziellen Motive hervortreten zu lassen. Um dem Missbrauch mit abgeleiteten Firmen zu steuern, wird wieder der unlautere Wettbewerb herbeigezogen und einem strengen Vorgehen gegen Winkelfirmen gerufen. Das hängt nun einmal mit der modernen deutschen Entwicklung zusammen; einerseits alter Zunftzwang, andererseits unlauterer Wettbewerb, beides keine erfreulichen Zeichen; ein gesunder thatkräftiger Verkehr kann beider entbehren und scheidet die schlechten Elemente von selbst aus.

Sodann wurde in den Kommissionsberatungen hervorgehoben, das Recht zahlreicher ausländischer Staaten, wie das holländische, schwedische und italienische stehe auf dem Stand-

punkte des deutschen Handelsgesetzbuches. Selbst in England, wo es nicht einmal ein Handelsregisten gebe, gelte eine Beschränkung, wie sie der erste Entwurf vorsehe, nicht. Anders sei es allerdings nach französischem, belgischem und schweizerischem Rechte; das schweizerische Obligationenrecht habe jedoch durch die strenge Durchführung der Firmenwahrheit manche Geschäftsinhaber veranlasst, ihr Hauptgeschäft, um nicht die Firma ändern zu müssen, aus der Schweiz zu verlegen. Es sei daher zu befürchten, dass dem deutschen Handel im Weltverkehre Abbruch gethan werde.

Auch diese Bedenken sind ziemlich illusorischer Natur. Mit England lässt sich nicht gut exemplifizieren, da es gar kein derartiges Gesetz hat, die andern kommen kommerziell weniger in Betracht, dagegen haben sich, wie schon erwähnt, gerade in England und Holland in neuerer Zeit Schwindelgeschäfte in Masse etabliert, die das Ausland ausbeuten, und vor welchen der Bundesrat unausgesetzt warnen muss. Frankreich, eines der kommerziell bedeutendsten Länder, hat das älteste und strengste Handelsrecht und besteht gut dabei. Was die Schweiz betrifft, so soll es allerdings vorgekommen oder doch geplant worden sein, den Hauptsitz ins Ausland zu verlegen, um die alte Firma zu bewahren, so dass dann in der Schweiz nur eine Zweigniederlassung verblieben wäre, die gemäss dem Vorrecht der ausländischen Geschäfte die alte Firma hätten beibehalten dürfen. Bekannt geworden ist nur ein einziger solcher Fall, und auch bei dem ergab eine nähere Untersuchung, dass der Hauptsitz aus ganz andern Gründen ins Ausland war verlegt worden, wie sich ja solche bei grossen Differenzen der Zolltarife sehr leicht erklären. Dass der Firma wegen überhaupt jemand zu einem solchen, ihn selbst in erster Linie schädigenden Mittel greifen würde, erscheint durchaus unwahrscheinlich; in Basel z. B. haben mehrere der bedeutendsten schweizerischen Geschäfte ihre ausserordentlich alten Firmen geändert, ohne an eine derartige Massregel zu denken, trotzdem ihnen die deutsche Grenze, und es kann sich ja nur um diese handeln, sehr nahe gelegen hätte und einige sogar in Deutschland bereits Filialen be-

sassen. Fataler Weise hat sich das Eidgenössische Justizdepartement verleiten lassen, in seinem Jahresberichte von 1889 eine ganze Abhandlung über diese Gefahr zu publizieren und vor derselben zu warnen, während es doch am Schlusse selbst gestehen musste, in dem von ihm angezogenen Falle verhalte es sich thatsächlich anders (vgl. Handbuch Seite 198).

Mit grösserm Rechte hätte das andere Auskunftsmittel können angeführt werden, nämlich dass sich Geschäfte in Aktiengesellschaften umwandeln, um die alte Firma beizubehalten. Hier besitzen wir ja allerdings eine ganze Blumenlese von Fällen; da sie aber sammt und sonders auf höchst problematischer Basis beruhen, so dürfen sie anstandshalber nicht als Beweise aufgerufen werden. Etwas anderes trifft dagegen zu. Als der Endtermin für die alten Firmen mehr und mehr heranrückte, haben sich eine Anzahl solcher thatsächlich in Aktiengesellschaften umgewandelt, aber nicht der Firma wegen, sondern weil dies damals der Zug der Zeit war und man die damalige finanzielle Leichtigkeit der Umwandlung ausnutzen wollte. Der Termin für Abschaffung der alten Firmen fiel einfach in eine Gründerperiode; das Firmenrecht war nicht die Ursache der Umwandlungen, sondern nur ein begleitender Umstand. Ueberdies haben die wenigsten dieser Gründungen die alten Firmen beibehalten. Die Mehrzahl der oben erwähnten ungesetzlichen Aktienfirmen sind erst später entstanden; von alten Firmen war bei ihnen schon darum nicht die Rede, weil die Namensträger derselben alle noch leben und sogar, wie wir gesehen haben, meist als Leiter der neuen Aktiengesellschaften funktionieren. Bei solchen Umwandlungen handelt es sich um Hunderttausende und Millionen von Franken, um Gründervorteile, um Agiotage und Bankprovisionen, aber nicht um das Firmenrecht. Ueber diesen Einwand dürfen wir ruhig hinweggehen.

Ein Hauptargument, das immer wieder zu Gunsten der Beibehaltung der alten Firmen auftaucht, liefert der überseeische Handel, besonders derjenige nach dem Orient, den halbcivilisierten Ländern und den Kolonien. Wir haben hier-

über zum Teil schon beim Kapitel der Firmenwahrheit gesprochen (vgl. S. 621 ff.). Für diese Gegenden mag allerdings das Beibehalten der Firma einen gewissen Wert besitzen, weil man dort die Aenderung derselben nicht so leicht durch Zirkulare, Zeitungen etc. bekannt machen kann; doch ist das auch nicht nötig, denn der dortige Käufer kümmert sich blutwenig um die Firma und wer in derselben sich befindet. Den grossen Handlungshäusern gegenüber genügt auch hier die Bekanntmachung durch Zirkulare, die kleinen kaufen nicht direkt, sondern von den grossen Zwischenhändlern, und das Volk sieht erst recht nicht auf die Firma, sondern höchstens auf die Marke, mit welcher der Gegenstand bezeichnet ist, und noch mehr auf die Verpackung; bei diesen aber kann die alte Firma stets angebracht werden. Zudem kommt die fremde Sprache in Betracht, durch welche der Wert der Firma auf ein Minimum herabgedrückt wird.

In ähnlichem Sinne schreibt der schweizerische Vertreter in Holland, wo ja, wie schon bemerkt, anlässlich des neuen Gesetzesentwurfes die Frage ebenfalls einlässlich behandelt wurde, und wo man doch sicherlich vom überseeischen Verkehre ebensoviel versteht, wie in Deutschland.

„Das Verbot des Weiterführens ist sicher nicht angenehm; aber in der gegenwärtigen Zeit ist der Nimbus alter Firmen so gut als verschwunden, und bei der grossen Konkurrenz wird das billigere Offert einer neuen Firma dem etwas teuerern einer alten vorgezogen. Der Handel in Europa und Amerika findet hierin keine Ausnahme, dagegen ist es in den Kolonien in Ostindien und Australien, wo Waren nach Markenzeichen verhandelt werden, begreiflicherweise für eine Firma von höchstem Werte, die betreffende Marke auch bei einer Firmenänderung beibehalten zu können.“

Holland weist mindestens ebenso viel überseeischen Handel auf, wie die Schweiz, somit ist diese Aeusserung für uns von Wert, wie denn thatsächlich es durchaus nicht die grossen Welthandelshäuser sind, welche sich am meisten gegen die Nichtübertragbarkeit der Firmen gewehrt haben. Da auch bei uns die Firma als Marke oder als Bestandteil derselben kann verwendet und zweifellos auch in dieser Eigenschaft auf einen neuen Erwerber kann übertragen werden

(vergl. Markenschutzgesetz vom 26. Sept. 1890 Artt. 11 u. 16 Abs. 4), so ist dem überseeischen Verkehre durchaus Genüge geleistet und fällt also dieser beliebte Einwand gegen die Unübertragbarkeit der Firma dahin. Uebrigens besitzen diese Klagen sowieso kaum einen Wert, weil in den überseeischen Ländern meist gar kein oder doch ein höchst freiheitliches Firmenrecht existiert, so dass man dort ungeniert die alte Firma beibehalten kann.

Soweit ungefähr die allgemeinen Gründe, die für die Uebertragbarkeit ins Feld geführt werden. Wir haben dieselben im Einzelnen jeweilen zu entkräften gesucht; es bleiben nun noch einige spezielle zu erledigen. Der Haupteinwand gegen die Uebertragbarkeit ist natürlich der, dass man aus der Firma die Inhaber nicht mehr erkennen kann. Nun wird entgegengehalten, das treffe bei dem Zusatz „& Cie“ u. dgl. ebenfalls zu. Das ist freilich unläugbar, aber einer der Nachteile, die man mit vollem Bewusstsein überall in den Kauf genommen hat. Wir haben diesen Punkt schon bei der sogen. relativen Firmenwahrheit (oben S. 626) erwähnt; der Zusatz „& Cie“ wird durchaus nicht gewählt, um irgend etwas zu verhüllen, sondern lediglich der Kürze wegen. Im Prinzip anerkennt und schreibt das Gesetz sogar vor, dass die Namen sämtlicher Teilhaber in der Firma enthalten sein sollen, es ist einzig und allein die praktische Erwägung, dass die Firmen bei Aufnahme aller Namen sehr oft zu lang würden, welche den Zusatz „& Cie“ eingeführt hat. Ursprünglich war er wohl auch weniger für die Kollektivgesellschaft verstanden, als für die Kommandit- und die stille Gesellschaft, indem man unter der Compagnie diejenigen zusammenfasste, die nur in einer geringeren Weise hafteten und darum in die Oeffentlichkeit dringen weder wollten, noch sollten. Das Haupt der Firma war immer derjenige, der ihr den Namen gab, er haftete zu allen Zeiten und mit allem, was er besass, unbeschränkt und persönlich, bei ihm kamen nicht die Einlage, das Geld, sondern die Person, sein Charakter, seine Kenntnisse, seine Thätigkeit, Solidität, Ehrlichkeit und Umsicht, kurz seine guten persönlichen Eigenschaften in Betracht,

hinter welchen die Compagnie erst in zweite Linie trat. So ist es im Wesentlichen auch heute noch. Wohl mag es in einzelnen Fällen, wo der alte, angesehene Geschäftsherr in die Stellung eines Kommanditärs zurücktritt und einen jungen (Sohn oder früheren Angestellten u. dgl.) an die Spitze lässt, vorkommen, dass der Kommanditär noch eine Zeit lang die eigentliche Seele des Geschäftes bleibt; aber das sind Uebergangsstadien von beschränkter Dauer. Einen thatsächlich blossen Strohmann wird man doch kaum je zum Namenträger des Geschäftes machen, da man hiemit von vornherein den Kredit untergraben und sich selbst am empfindlichsten schädigen würde. In der Regel nimmt die Firma den Namen von dem oder den Tüchtigsten, Angesehensten und Kreditfähigsten, wenn auch nicht immer von den reichsten Teilhabern. Der Kommanditär mag oft reicher sein; der eigentliche Geschäftsherr, von dem alles abhangt und der mit Recht dem Geschäft seine Signatur aufdrückt, bleibt der unbeschränkt haftende Gesellschafter, und an diesem, am Haupte des Ganzen, sündigt resp. täuscht die abgeleitete Firma.

Keinen grösseren Wert besitzt der andere Vorwurf, den man unserem System zu Gunsten der Uebertragbarkeit macht mit der Behauptung, es lasse schon jetzt beim Uebergang der Firma vom Vater auf den Sohn die alte Firma zu. Das ist eine einfache Verwechslung. Da wo der Sohn auch mit dem Vornamen gleich heisst, wie der Vater, kann er allerdings das Geschäft unter der gleichen Firma weiter führen, aber nicht mit der alten, sondern mit einer neuen, gleichlautenden, wie denn auch im Handelsregistereintrag die alte Firma gelöscht und eine neue, sei es mit, sei es ohne Uebernahme von Aktiven und Passiven, aufgethan wird. Da aber, wo der wirkliche Vatername beibehalten wurde, wie bei S. J. Bloch Söhne, A. R. von Planta's Erben, Hoirs d'Emile Robadey und ähnlichen, liegt eine mit dem Sinne des Gesetzes im Widerspruch befindliche Firma vor. Ebenso, wenn auch weniger gravierend, verhält es sich mit den nach dem Muster von Chr. Krüsi's Witwe gebildeten Frauenfirmen; sie sind eine Ausnahme vom Gesetze und dürfen also nicht als

Beweis für die Inkonsequenz des Systems vorgebracht werden, sondern höchstens als solcher für die Geschicklichkeit der Gesetzesinterpretatoren.

Auch die dem Sinne nach umgekehrten Beispiele, wo der Inhaber derselbe bleibt, während gemäss der Firmenwahrheit die Firma geändert werden muss, weil der Inhaber einen neuen Namen angenommen hat (wie z. B. die Handelsfrau, die sich verheiratet oder derjenige, der per rescriptum principis seinen Namen ändert, desgleichen die Namensabänderung infolge Adoption), sind so seltene und wenigstens die zwei letzten geradezu ausgeklügelte Fälle, dass sie für die Frage selbst ausser jede Berücksichtigung fallen. Der Mann, der seiner Frau aus geschäftlichen Interessen den Jungfernnamen oder gar denjenigen seines Vorgängers lassen will, darf kaum beanspruchen, dass das Gesetz zu seinen Gunsten eine Ausnahme mache, und ob ein Witwer, der sich wieder verheiratet, den Namen seiner ersten Frau in der Firma beibehalten dürfe oder nicht, giebt auch für die Wahl des Systems keinen erheblichen Ausschlag. Das Eidgen. Justizdepartement hat in einem Spezialfalle die Beibehaltung für zulässig erklärt und sich selbst dahin geäussert, dass er civilrechtlich sogar zur Führung beider Frauennamen befugt sei (vergl. Handbuch S. 177/8), während es sich bei der Scheidung dagegen anders verhält. Doch auch das bleibt für die Hauptfrage durchaus irrelevant (vergl. hievor S. 645).

Selbst in den einfachsten Fällen, wo der Charakter der Firma derselbe bleibt, führt die Beibehaltung der alten Firma zu Täuschungen und Irrtümern; wie aber erst dá, wo auch der Charakter des Rechtssubjektes selbst ändert, aus einer Einzelfirma eine Gesellschaft, aus einer Kollektivgesellschaft eine Kommanditgesellschaft wird oder wo eine persönliche Firma von einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft darf weitergeführt werden und umgekehrt. Hier hört nun jedwede Sicherheit und überhaupt jedwedes Firmenrecht auf. Es wirkt doch geradezu verblüffend, wenn ein Einzelinhaber die anonyme Firma einer früheren Aktiengesellschaft soll weiter führen; und was beginnen wir mit der gesetz-

lichen Vorschrift, dass der Name des Kommanditärs nicht in der Firma figurieren dürfe bei der Umwandlung einer Kollektivgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft, wenn die Firma nicht mit Compagnie, sondern mit den persönlichen Namen der Gesellschafter gebildet war und sich einer oder mehrere Kollektivgesellschafter in Kommanditäre umwandeln (z. B. Meyer & Müller werden aus einer Kollektivgesellschaft eine Kommanditgesellschaft und Müller darin Kommanditär)? Cessiert nun die Vorschrift über die Haftung des Kommanditärs (O. 600. D. H. G. B. 168, Entwurf § 162)? Die deutschen Kommentatoren verneinen es und machen damit selbst einen Einbruch in das System der Uebertragbarkeit der Firma (Makower S. 178, Denkschrift S. 118).

Man könnte nun zwar durch Beifügung des Charakterwortes nachhelfen, wie dies der deutsche Entwurf für die Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft, desgleichen die Spezialgesetze für die Genossenschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorsehen, das liesse sich aber ebenso gut bei vollständig freier Firmenwahl einführen. Ueberhaupt wäre letztere als das prinzipiell richtigere dann vorzuziehen; für die abgeleiteten Firmen kommt es auf dasselbe heraus und der Schaden wäre geringer, da man zum voraus weiss, dass der Firma keinerlei Bedeutung zusteht und man unter allen Umständen sich beim Handelsregister Rats erholen muss. Damit wären wenigstens die Täuschungen vermieden, die beim heutigen System, bei welchem man ja abgeleitete und neue Firmen absolut nicht unterscheiden kann, unabweislich und geradezu gesetzlich sanktioniert sind.[1])

Hat man dem Verbote der Uebertragbarkeit vorgeworfen, dass es zu Umgehungen und Missbräuchen reize, wie wir denselben thatsächlich in unserer Praxis begegnen, so können

---

[1]) Der deutsche Entwurf sieht wohl für die Umwandlung einer Firma in eine Aktiengesellschaft oder Kommanditaktiengesellschaft den Zusatz zu der alten, abgeleiteten Firma vor, nicht aber für den umgekehrten Fall, dass eine Aktiengesellschaft in eine persönliche Gesellschaft oder eine Einzelfirma umgewandelt werde; diese können also die Aktienfirma, eventuell sogar mit dem Zusatz „A.-G.“ beibehalten.

wir dasselbe mit mindestens dem gleichen Rechte dem deutschen Systeme entgegenhalten. Man braucht nur an die bekannten Fälle Faber, Roederer und Johann Maria Farina zu erinnern. Dass man mit Strohmännern, die denselben Namen wie berühmte Firmen tragen, neue Konkurrenzgeschäfte gründen kann, ist auch beim schweizerischen Rechte möglich, soweit nicht O. 868 eine Schranke setzt, nicht dagegen, dass man den Strohmann nach einigen Monaten wieder hinauswirft und dann die Firma ruhig beibehält; desgleichen nicht, dass man des renommierten Namens wegen die Firma eines obskuren Inhabers erwirbt und dann unter Aenderung der Natur des Geschäftes mit derselben einem altbekannten Geschäfte Konkurrenz macht.

Ein fernerer Uebelstand ist nachgewiesenermassen der, dass Aenderungen im Personalbestand nicht mehr oder seltener eingetragen werden, so dass auch der Charakter des Rechtssubjektes ändern kann, ohne dass man etwas davon merkt. Allerdings macht das im Grunde wenig aus; denn die abgeleitete Firma giebt sowieso weder über den Charakter, noch über die Personen Aufschluss, es bleibt also vollständig gleich, ob dieselben wechseln oder nicht.

Eine Hauptsache wird aber gar zu oft übersehen und findet natürlich auch bei den nur aus Kaufleuten bestehenden Handelskammern keinen Ausdruck; es ist dies der Schutz des Publikums. Die Handelsleute sehen in ihren Debatten vor allem darauf, was ihnen nützt oder schadet und betrachten das weitere Publikum gleichsam als ihre Beute; dieses Publikum selbst aber wird nie angefragt, es hat nur zu kaufen und zu bezahlen. Der unendlich überwiegenden Mehrheit des Volkes sind die alten und ältesten Firmen absolut gleichgültig; es besitzt dagegen unfraglich ein Recht darauf, zu wissen, mit wem es seine Geschäfte abschliesst, und wäre es nicht da, so könnten die Kaufleute ruhig verhungern. Weshalb überhaupt ein spezieller Stand ein Vorrecht auf die Unwahrheit haben soll, wird kein Mensch ausfindig machen können. Wer ein auf einen andern Namen lautendes Dienstbüchlein gebraucht, wer unrichtige Ausweispapiere verwendet, wer

eine Unterschrift fälscht, ja wer nur einer Behörde einen falschen Namen angiebt, wird verfolgt und mit Gefängnis oder Zuchthaus bestraft, selbst wenn derjenige, dessen Name missbraucht wird, gar nichts davon weiss oder sogar dazu einwilligt; wenn aber die Kaufleute tagtäglich dasselbe thun, so werden sie geschützt und verfolgen mit der Betrugs- und Fälschungsklage oder der concurrence déloyale jeden, der sich derselben Handlung gegen sie unterfängt. Freilich besitzt die abgeleitete Firma einen Wert, man geniesst deren Ansehen und Kredit und zieht aus derselben einen unläugbaren Nutzen; aber für den Ausreisser sind die fremden Ausweispapiere, für den Hochstapler der angenommene Name, für den Fälscher seine Unterschriftskunde nicht minder wichtig und wertvoll, auch sie ziehen daraus Profit, und dennoch würden sich die Inhaber abgeleiteter Firmen dafür bedanken, mit ihnen auf gleiche Stufe gestellt zu werden. Und wird nicht auch innerhalb des Kaufmannsstandes auf Kosten fremder Namen geschwindelt? Trifft der Schaden die Kaufleute selbst, so rufen sie sofort nach Richter und Gesetz, nimmt sich aber der unbeteiligte Jurist des Publikums an und verlangt für alle gleiches Recht, so wirft man ihm graue Theorie, Kathederweisheit, Lebensunkenntnis, unpraktischen Sinn u. s. w. aus vollen Händen an den Kopf. Gewiss ist die Firma, ein ehrlich erlangter angesehener Name, wertvoll; aber wir müssen alle im Leben dieses und jenes zu Gunsten der Allgemeinheit opfern und dürfen unsere Kraft und Intelligenz stets nur innerhalb der durch die Rechte der Andern gezogenen Schranken ausnützen; weswegen sollte das für die Kaufleute nicht zutreffen? Sie haben sich das Vorrecht des Namensmissbrauches durch lange Zeit hindurch usurpiert; nun mögen sie sich ihres Privileges nicht minder begeben, als das andere Stände gern oder ungern mit den ihrigen auch thun mussten.

Wir speziell in der Schweiz haben mehr Ursache, als andere Länder, das zu verlangen, wir besitzen keinen besondern Kaufmannsstand und dürfen daher auch kein Privileg eines solchen anerkennen; bei der allgemeinen Gleichheit verletzt eine Ungleichheit viel mehr, unsere ganzen politischen

Einrichtungen sind auf gegenseitiges Vertrauen, auf die Gleichstellung aller, auf Treu und Glauben und ein persönliches Opfern zu Gunsten der Allgemeinheit basiert, wir sind daher geradezu verpflichtet, jedes Privileg zu unterdrücken. Und wo soll es bei uns, da jeder sich einer Firma bedienen kann, hinführen, wenn jeder das Recht hat, einen falschen Namen zu gebrauchen? So hart und ungefällig diese Erörterungen klingen, so zeigen doch erst solch unerbittliche Konsequenzen, wohin man mit einem unrichtigen Prinzip gelangt. Bei uns erst recht müssen die öffentlichen den privaten Interessen vorgehen.

Die Kaufleute dürfen solche Fragen nicht allein unter sich ausmachen und sie in ihrem Interesse lösen, das grosse Publikum, von dem sie leben, soll auch berücksichtigt werden; was ihm nicht gestattet ist, sei auch den speziellen Kreisen verboten. Das Gejammer über Schädigung der kaufmännischen Interessen darf dabei nicht den Ausschlag geben, und dass dasselbe nicht halbwegs so viel Mitleid verdient, als es bei den Behörden erlangt hat, sehen wir daraus, dass bei uns sich hochangesehene Firmen ohne Murren dem Gesetze unterworfen haben. Diese aber würden sich mit Recht beklagen, wollte man wegen einer leider eingerissenen, ungesetzlichen Praxis das Recht ändern.

Man ist sich in Deutschland des Uebelstandes, den die abgeleiteten Firmen mit sich bringen, recht wohl bewusst und hat darum nach allen möglichen Palliativmitteln gegriffen, um den Schaden abzuwehren oder auszugleichen.

1. Die rein formale Aushilfe der Beifügung eines charakterisierenden Zusatzes ist, wie wir gesehen haben, nur für einzelne Kategorien durchgeführt oder vorgeschlagen worden; sie konsequent und überall anzuwenden, hat man sich gescheut, weil damit das ganze System diskreditiert würde.

2. Das zweite Auskunftsmittel des Anschlagens der Namen der Inhaber resp. Gesellschafter haben wir ebenfalls anlässlich der Besprechung der Firmenwahrheit schon behandelt (vgl. Seite 629 ff.). Das Mittel wäre ausgezeichnet, sobald es auf sämtliche Publikationen und Geschäftspapiere der

Firma ausgedehnt würde, ja das Handelsregister selbst liesse sich damit beinahe entbehren; aber gemäss dem deutschen Vorschlag bleibt es auch wieder nur eine Halbheit; die kleinen Ladenbesitzer, bei denen es am wenigsten nötig ist, werden demselben unterworfen und die eigentlichen Kaufleute, die grossen Firmen, bei denen es am ehesten angebracht wäre, entziehen sich ihm unter Berufung darauf, dass nichts davon im Handelsgesetzbuche stehe; in dieses aber nimmt man es nicht auf, trotzdem sich jetzt bei der Revision die beste Gelegenheit dazu böte.

3. Die dritte Schutzwehr ist materieller Natur und besteht darin, dass der Uebernehmer eines Geschäftes, der die alte Firma ohne Beifügung eines Nachfolgeverhältnisses weiter führt, für alle im Betriebe des Geschäftes entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Inhabers haftet. Der Vorgang ist analog demjenigen bei einer Erbschaft gedacht; wie der Erbe die Person des Erblassers fortsetzt und daher auch dessen Verbindlichkeiten übernehmen muss, so auch ähnlich der Erwerber der alten Firma. Diese Vorschrift ist insofern absolut, als sie auch denjenigen trifft, der ohne Einwilligung des frühern Inhabers, also unberechtigter Weise, die alte Firma beibehält; in diesem Falle wird sie zu einer civilrechtlichen Strafe. Die in dem Geschäftsbetriebe entstandenen Forderungen gehen dagegen den Schuldnern gegenüber nur über, wenn der bisherige Inhaber zur Fortführung der Firma zugestimmt hat. — Die Denkschrift motiviert diese Neuerung auf Seite 38, wie folgt:

Mit der blossen Uebertragung des Handelsgeschäfts oder deren Kundmachung kann der Eintritt in die Geschäftsschulden und Forderungen nicht verbunden werden; denn es ist zunächst Thatfrage, ob die Parteien dies beabsichtigt haben. Die Uebertragung eines Handelsgeschäftes setzt, wie allgemein anerkannt wird, den Uebergang der Schulden und Forderungen auf den Erwerber an sich noch nicht notwendig voraus. Anders verhält es sich im Falle der Fortführung der bisherigen Firma. Im Verkehr wird vielfach die Firma ohne Rücksicht auf die Person ihres Inhabers als Eigentümerin des Handlungsvermögens, als Trägerin der durch den Handelsbetrieb begründeteten Rechte und Pflichten angesehen. Diese Anschauung ist allerdings rechtlich nicht zutreffend, nichts-

destoweniger erscheint es gerechtfertigt, der Verkehrsauffassung nach welcher der jeweilige Inhaber der Firma als der Verpflichtete und Berechtigte angesehen wird, in Bezug auf die Frage des Ueberganges der Geschäftsschulden und Geschäftsforderungen entgegenzukommen. Denn der Erwerber eines Geschäfts, der die Firma, wenngleich nur mit einem Zusatze, fortführt, erklärt dadurch seine Absicht, in die Geschäftsbeziehungen des früheren Geschäftsinhabers, soweit als möglich einzutreten. —

Gegenüber den Schuldnern erfolgt die Aenderung des Kreditors zwangsweise; der Geschäftsgläubiger dagegen erhält zwei Schuldner, den Erwerber und den Veräusserer mit der einzigen Bedingung, dass ihm letzterer nur noch fünf Jahre lang haftet. Es ist nun an sich kein gutes Zeichen, wenn sich das Gesetz derart mit Zwang in das Vertragsrecht einmischen muss; aber die Erkenntnis, dass andernfalls das Publikum durch die Uebertragung der Firma allzugrossen Gefahren ausgesetzt ist, hat über dieses Bedenken gesiegt. Um eine an sich verwerfliche Uebung aufrecht zu erhalten, wurde das freie Vertragsrecht gebrochen. Leider mangelt auch hier wieder die konsequente Durchführung; denn die beiden Firmainhaber können durch Eintragung im Handelsregister und Publikation derselben diese zivilrechtliche Folge der Uebertragung der Firma aufheben. Hier ergeben sich sofort drei in die Augen springende Mängel: erstens, dass die betreffende Erklärung nicht von beiden zusammen muss ausgestellt werden, zweitens, dass sie auch auf privatem Wege von einem der beiden allein (von dem Erwerber oder dem Veräusserer), und drittens, dass sie auch nach dem Eintrag des Firmenüberganges von beiden zusammen oder von einem allein noch kann abgegeben werden. Da alles dem freien Willen der Parteien überlassen bleibt und das Gesetz nichts anderes sagt, so kann konsequenterweise die abgegebene Erklärung auch von jedem einzelnen widerrufen werden, womit dann allerdingt die Konfusion auf die Spitze getrieben erscheint.

Bedenken erregt auch die Möglichkeit der Trennung von Forderungen und Schulden, wie sie § 23 Abs. 2 zulässt. Die Schulden sollten stets unter allen Umständen übergehen und keinesfalls durch eine Publikation des Erwerbers können ab-

gelehnt werden; denn gilt einmal das Geschäft als solches und die Firma als Vermögensobjekt, so fallen beide unter die Aktiven, diese aber sollen nicht ohne die Passiven übergehen, andernfalls stünde dem Betrug Thor und Thür offen. Entweder Uebernahme der Schulden oder Liquidation des alten Geschäfts. Hier in diesem wichtigsten Punkte muss das Gesetz absolut entscheiden und nicht ein Privatvertrag; der Erwerber des Geschäftes weiss, welches Risiko er läuft und soll sich demselben nicht entziehen dürfen.

Den Kommissionsverhandlungen merkt man wiederum das Ueberwiegen der Kaufleute deutlich an; diese stellten naturgemäss ihre eigenen Interessen in den Vordergrund und suchten daher das neue Institut möglichst abzuschwächen. So wie dasselbe in den Entwurf aufgenommen wurde, dürfte dessen gute Absicht wenig praktischen Erfolg nach sich ziehen; im Gegenteil steht zu befürchten, dass dasselbe nur zur Mehrung der Täuschungen und Irrtümer führt. In das Publikum dringt der Satz und wird von demselben als Regel angenommen, dass der neue Erwerber der Firma für deren Schulden hafte, und möglicherweise wird durch die Erlaubnis des Wegbedingens thatsächlich die Regel zur Ausnahme; die Wegbedingung wird wohl publiziert, die aufmerksamen Kaufleute können also darüber belehrt sein, das grosse Publikum kümmert sich aber erfahrungsgemäss um solche Publikationen wenig, es nimmt also das Zutreffen der Regel an und wird betrogen. Die einmalige Publikation wird übersehen oder vergessen, die Thatsache der Weiterführung der alten Firma bleibt, so dass also sich zwei durchaus ungleichwertige Faktoren gegenüberstehen. Und schliesslich, was ist unter der „handelsüblichen Weise" zu verstehen, da erhält die Privatwillkür einen Spielraum, mit dessen Ausnützung das Gesetz vollständig kann zu nichte gemacht werden. Man sollte sich hüten, Regeln aufzustellen, die in solcher Weise von Gesetzes wegen umgangen werden können und dürfen.

Da die Uebertragbarkeit der Firma bei uns hoffentlich nicht eingeführt wird, so brauchen wir uns auf eine weitere Kritik des deutschen Entwurfes nicht einzulassen; sollten

wir aber je auf den deutschen Standpunkt zurückkehren, so müssten jedenfalls die Folgen der Firmenübernahme genauer und wirksamer festgesetzt werden, als dies im deutschen Entwurfe geschieht (den Wortlaut der hieher gehörenden Paragraphen des deutschen Entwurfes siehe hievor S. 583/4).

Eine Lehre können wir aber aus demselben auch für unsern jetzigen Zustand ziehen, nämlich die, dass das Handelsregister möglichst formell geführt werden und nichts aufnehmen soll, als was Gesetz und Verordnung vorschreiben. Privatabkommen sollten demselben fernbleiben, es gilt demnach bei einer Geschäftsübernahme die allgemeine Regel, dass einerseits jeder für seine Schulden selbst haftet, und anderseits, dass der Kreditor niemanden, als seinen speziellen Schuldner in Anspruch nehmen kann. Eine Ausnahme hievon macht der Eintritt neuer Gesellschafter in eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft (O. 565, 606), sowie die im Handelsregister erklärte Uebernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven. Auch diese muss als Ganzes erfolgen, so dass eine nur teilweise oder einseitige Uebernahme von der amtlichen Publikation ausgeschlossen wird. Durch Privatzirkulare können natürlich auch hier Mehrungen und Minderungen geschaffen werden, von diesen nimmt aber das Handelsregister keine Notiz, somit haben sie für den Dritten nur den Wert, den er ihnen von sich aus beilegt. Auch die amtliche Publikation schafft nach unserm Gesetz, in welchem sie sowieso nur beiläufig in O. 577 und 587 erwähnt wird, keinerlei zwingendes Recht. Der Schuldner wird dem alten Kreditor (Veräusserer des Geschäftes) gegenüber nicht frei, sondern erhält nur eventuell eine Einrede, der Kreditor muss den Veräusserer nicht entlassen, sondern er bekommt einfach zwei Schuldner, von denen der eine durch Zahlung den andern befreit, während eine andere Erfüllung, d. h. eine Abmachung irgendwelcher Art nur mit dem Erwerber, aber nicht mehr mit dem Veräusserer kann getroffen werden. Etwas anderes müsste durch das Gesetz ausdrücklich bestimmt sein, eine solche Bestimmung fehlt jedoch.

Zeitweise finden sich in Handelsregisterpublikationen

Bemerkungen über den Uebergang des Geschäftes. Diese sind höchst gefährlich und darum zu verbieten; denn wir wissen durchaus nicht, wie oben S. 619/20 bereits erörtert, was unter dem „Geschäfte" zu verstehen ist und können durch eine derartige Publikation alle möglichen Irrtümer veranlassen. Das Gesetz sieht eine Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven nur in O. 577 und 587 Abs. 2 vor, doch ist bei beiden vorausgesetzt, dass die Uebernahme von Aktiven und Passiven ausdrücklich erklärt sei, einen zwangsweisen Uebergang, wie ihn der deutsche Entwurf befiehlt, kennt unser Gesetz nicht, ja es stellt nicht einmal die Präsumtion des Ueberganges von Aktiven und Passiven auf. O. 577 und 587 können auch für eine solche nicht angezogen werden; denn ein derartiger Eingriff in die allgemeinen Rechtsprinzipien dürfte nicht nur nebenbei an zwei Punkten erwähnt werden, sondern erforderte einen besondern Artikel, der den von den sonstigen Grundsätzen abweichenden Zwang oder die diesbezügliche Präsumtion ausdrücklich ausspräche.

Eine derartige Neueinführung wäre auch keineswegs zu empfehlen; bei der deutschen Firmenübertragung nimmt sie sich schon darum viel besser aus, weil nach aussen die Firma als Kreditorin und Debitorin erscheint, sie bleibt dieselbe, wenn auch die Personen wechseln; wer die Firma übernimmt, muss auch die unter derselben eingegangenen aktiven und passiven Verbindlichkeiten übernehmen, diese hängen an der Firma, wie an einer Person. Anders bei der sog. Geschäftsübernahme. Das „Geschäft" geht keine Verbindlichkeiten ein, es kann bleiben, ändern oder untergehen, ohne dass darum an Schulden und Forderungen rechtlich nur dass Mindeste geändert wird; das Geschäft ist nur etwas Faktisches, nichts Rechtliches, es gehört der Person resp. der Firma, ist aber nicht selbst Person, es ist höchstens Rechtsobjekt, nicht Rechtssubjekt. Sollen mit demselben die der Person zugehörigen Rechtsverhältnisse, Rechte und Pflichten, übergehen, so muss das ausdrücklich gesagt sein, was durch die Worte „mit Aktiven und Passiven" geschieht. Dann ist die Situation klar und jedermann, Parteien, Interessenten und Publikum wissen,

woran sie sich zu halten haben. Der amtlichen Publikation des Ueberganges von Aktiven und Passiven gegenüber giebt es keine Privaterklärungen mehr.

Anstatt der vollen und unbeschränkten Uebertragbarkeit der Firma wurden auch mildere Vorschläge gemacht, die gleich falls zum Teil in auswärtigen Gesetzen Verwirklichung gefunden haben.

So sollte die Firma nur von dem ersten Erwerber dürfen beibehalten, eine Uebertragung auf einen zweiten oder dritten Erwerber aber nicht gestattet werden. Eine derartige Massregel sieht aus, wie die Folge eines schlechten Gewissens; denn warum soll der Erwerber, der die Firma vielleicht teuer bezahlt hat, sie nicht weiter verkaufen können und somit schlechter gestellt sein, als sein Vorgänger? Dem Gesetze gegenüber befinden sich alle spätern Erwerber in gleicher Stellung, wie der erste, also liegt auch kein Grund vor, sie schlechter zu behandeln. Ist einmal die Firma an jemand übergegangen, der den in ihr enthaltenen Namen nicht trägt, so kann dieser wechseln, so oft er mag, das Verhältnis bleibt stets das gleiche, das Publikum wird vom zweiten und dritten nicht mehr getäuscht, als vom ersten.

Das Gesetz stellt infolgedessen mit Recht keine Schranken auf, dagegen beruhen öfters solche auf Vertrag. Rechtlich sind solche Weiterveräusserungsverbote vollkommen zulässig, besser aber wäre es, das Gesetz verböte sie; denn sie geben gar zu oft Ursache zu Streitigkeiten. Hat einer einmal seinen Namen verkauft, so möge es auch dabei bleiben; denn ob ihn dann auch noch andere weiterführen, kann ihm schon darum ziemlich gleichgültig sein, weil er nicht zum Voraus weiss, wann eine Weiterveräusserung stattfinden soll; das kann sofort eintreten, kann aber auch Jahrzehnte auf sich warten lassen oder überhaupt nicht geschehen. Je weiter sich aber der Zeitraum erstreckt, desto weniger Interesse hat der Veräusserer an dem ursprünglichen Veräusserungsverbote, und wenn er stirbt, so schwindet dasselbe für die Erben fast ganz, besonders wenn sie vielleicht nicht einmal mehr den gleichen Namen tragen, der in der Firma vorkommt. Schwierigkeiten

ergeben sich in der Regel auch beim Tode des Erwerbers; da die Erben ein solches Veräusserungsverbot meist nicht respektieren. Und wenn nun noch mehr Erbgänge hinzukommen, vielleicht solche auf beiden Seiten, was dann? Ein Interesse liegt dann gar nicht mehr vor, Gesetz und Richter aber sollen nur wirkliche Interessen schützen. Und wenn die Erben das Geschäft ändern, die Firma aber beibehalten? Allerdings kann das schon der erste Erwerber thun, trotzdem er die Firma nicht ohne das Geschäft erwerben konnte; thatsächlich kommt das aber kaum vor, während allerdings bei den Erben das sehr leicht eintreten kann. Wir geraten damit in ein ganzes Nest von Prozessen, weshalb es besser wäre, man liesse ein vertragliches Weiterveräusserungsverbot gar nicht zu und erklärte: verkauft ist verkauft, der Veräusserer begiebt sich damit aller seiner Rechte und der Erwerber erhält volle Verfügungsfreiheit unter Lebenden, gleichwie von Todes wegen. Das ist wenigstens konsequent (vgl. beim Nachfolgezusatz oben S. 716/17.)

Eine zweite Milderung des Prinzipes ist die Beschränkung der Uebertragbarkeit auf den Erbgang. Billigkeits- und auch scheinbare Rechtsgründe sprechen dafür, dass die Kinder die Firma ihres Vaters, dessen Namen sie ja auch führen und dessen Person sie fortsetzen, beibehalten dürfen. Dies haben denn auch einige Gesetze anerkannt und sanktioniert (Griechenland oben S. 578, Schweden etc. oben S. 586). Nur müsste dann die Ausdehnung auf weitere Verwandte und der Verwandtschaftsgrad, innerhalb dessen eine solche Uebertragung der alten Firma zulässig ist, genau angegeben werden. Sodann fragt es sich, ist diese Vergünstigung an das Tragen desselben Namens geknüpft oder darf der Erbe auch anders heissen, als die Firma besagt, und müssen sämtliche Erben in der Firma beteiligt sein, oder genügen einer oder einige? Dürfen diese ohne Aenderung der Firma auch andere Gesellschafter aufnehmen und können letztere die Firma beibehalten, nachdem die Erben ausgeschieden sind? Wo die übernehmenden Erben den Firmennamen nicht tragen müssen, scheint das letztere zulässig; dann können wir aber auch

die freie Weiterveräusserung den Erben gestatten und gelangen somit zum gleichen Resultat, wie bei der freien Veräusserung überhaupt. Wie steht es des fernern mit der Uebertragung durch Testament, ist sie zulässig und an wen? Eine Reihe von berechtigten Fragen und ein vorzügliches Prozessmaterial.

Die Schweiz befindet sich bekanntlich seit dem Rekursentscheide S. J. Bloch Söhne bereits auf diesem dornenreichen Pfade.

Weniger Bedenken bietet die Uebertragung der Firma unter Ehegatten, die wir auch anderwärts schon erwähnt haben. Hier kann es sich wenigstens nur um eine einzige Person handeln, die je nach dem ehelichen Güterrecht schon von Anbeginn in dem Geschäfte mehr oder minder stark interessiert war; des fernern betrifft es nur eine Einzelfirma, bei der der Inhaber mit seinem ganzen Vermögen haftet, und schliesslich hört die Ausnahme mit dem Tode des zweiten Ehegatten von selbst wieder auf. Kommt noch, wie bei uns, der französische Sprachgebrauch hinzu, der der Frau den Vornamen des Mannes gestattet, so lässt sich diese eine Abweichung vom Prinzipe der Firmenwahrheit rechtfertigen. Sie hat daher auch bei uns dergestalt um sich gegriffen, dass eine Aenderung schwer fallen würde.

Als mindestes Erfordernis für die abgeleiteten Firmen wäre der Zusatz „Nachfolger" zu verlangen, wie dies thatsächlich auch anderwärts geschieht (Schweden etc., siehe Seite 586, Portugal, Seite 578, Rumänien Seite 573/4). Die deutschen Kaufleute haben sich in den Beratungen auch hiegegen gesträubt und ihren Willen für den definitiven Entwurf durchgesetzt. Die Denkschrift motiviert das damit, dass dann bei jedem spätern Wechsel der Inhaber der Zusatz derselbe bleibe, also die Person des Firmenträgers doch nicht erkennbar mache. Dass sich der Verfasser der sonst tüchtigen Denkschrift zu dieser Begründung hergeben musste, beweist am deutlichsten die Schwäche seiner Stellung. Allerdings zeigt der Zusatz „Nachfolger" die Person des Firmenträgers nicht an, das thut er aber beim ersten Erwerber auch nicht, die Lage bleibt also

genau dieselbe, durch wie viele Hände die Firma auch gehe; aber das macht der Zusatz mit Sicherheit erkenntlich, dass die Inhaber nicht die in der Firma genannten Personen seien und man es also mit einer fiktiven Namensfirma zu thun und daher im Handelsregister nachzusehen habe, wenn man die Wahrheit wissen wolle. Eben diese Thatsache galt es möglichst zu verschleiern, nicht einmal die Andeutung der Unwahrheit der Firma wollten die kaufmännischen Delegierten. und nun komme man nur nicht mehr mit den schönen Phrasen von der Moral, der Ehrbarkeit, Würde und Solidität, die im Beibehalten der alten Firma liegen sollen. Der Zusatz Nachfolger hätte all das unberührt gelassen und lediglich den Gegenkontrahenten möglicherweise vor einem Irrtume bewahrt. Aber nicht einmal das wollte man zugeben, man wünscht vielmehr den Irrtum, weil man aus demselben Profit zu ziehen hofft.

Auch das wurde vorgeschlagen, man möge wenigstens den Uebergang einer Gesellschaftsfirma auf einen Einzelinhaber nicht zulassen, damit doch der Unterschied zwischen Gesellschaft und einzelnen Menschen, zwischen physischer und juristischer Person (im weitern Sinne), aufrecht erhalten bleibe. Auch das beliebte natürlich nicht; eine Einzelfirma wird übrigens selten von einer Gesellschaft beibehalten werden, da das in den meisten Fällen gegen ihr Interesse wäre, wohl aber umgekehrt, und diese Möglichkeit wollte man ja gerade erwirken resp. bewahren. Das war vielleicht nicht uneigennützig, aber doch konsequent; denn hätte man das zugegeben und ebenso berechtigt auch noch das, dass der Unterschied zwischen der Namens- und anonymen Firma nicht dürfe verwischt werden, so hätte man das Prinzip der Uebertragbarkeit so durchlöchert, dass am Ende fast nichts mehr davon übrig geblieben wäre.

In die gleiche Kategorie gehört auch der Vorschlag, dass die Firma erst nach Verfluss einer Anzahl von Jahren solle übertragbar werden, um auf diese Weise wenigstens eklatante Fälle des Strohmännertums zu vermeiden. Obgleich dieser Antrag eigentlich im Interesse der stabilen Kaufmannschaft lag, so fiel er doch mit den andern, sei es als dargebrachtes

Opfer, sei es weil man sich die Freiheit möglichst wenig wollte beschränken lassen, und vielleicht weil auch einmal bei der schnellen Uebertragung einer Firma ein Nutzen herausschauen kann.

Einen andern Weg hat Spanien, das sonst dem strengen französischen Rechte huldigt, eingeschlagen, indem es zwar die Uebertragbarkeit verbietet, beim Ausscheiden eines Gesellschafters aber die Firma unverändert bis zum Ablauf des Vertrages bestehen lässt, sofern im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage das vorgesehen war (vgl. hievor Seite 578). Auch dieses Mittel dürfte sich kaum empfehlen, da es den Entscheid vom Willen der Parteien abhängig macht und diese demnach den Gesellschaftsvertrag so abfassen können, dass das Gesetz über Generationen hinaus kann umgangen werden. Einzig für den Todesfall liesse sich der Eintritt der Erben allenfalls ohne Aenderung der Firma denken, sofern man die Vergünstigung nur auf die ersten Erben der ursprünglichen Gesellschafter ausdehnt und die Erben der Erben ausschliesst. Doch auch damit geraten wir in eine Kasuistik, die, wie jede solche, die Empfindung der Ungerechtigkeit wachruft, da sie nicht auf ähnliche Fälle darf ausgedehnt werden; wir bleiben daher lieber bei festen gesetzlichen Vorschriften, die gleichmässig für alle gelten, ob sie Fremde, Gesellschafter, Erben, oder Erben von Erben sind.

Während es sich bei der bisherigen Erörterung der Uebertragbarkeit immer um das formelle Prinzip der Uebereinstimmung oder Nichtübereinstimmung des Firmanamens mit dem oder den persönlichen Namen der Inhaber handelte, soll es neben dieser formellen auch noch eine materielle Firmenwahrheit geben. Wir haben es also nicht mit einem Mehr oder Minder derselben Art, sondern mit einer andern Art, einem neuen Prinzipe zu thun.

Diese materielle Firmenwahrheit soll darin bestehen, dass das Geschäft materiell an Betriebsart, Umfang, Vermögen, Kreditfähigkeit und Solidität dasselbe bleibe, wenn auch die Inhaber wechseln. Treffe diese Voraussetzung zu, so dürfe unbedenklich die alte Firma beibehalten werden,

da das Publikum über die Güte und Zuverlässigkeit des Geschäftes keiner Täuschung unterliege und somit keinerlei Gefahr laufe, geschädigt zu werden, ob es nun mit den neuen oder mit den alten Inhabern kontrahiere. Die Firma bleibe dieselbe, weil sie in derselben Weise weitergeführt werde und daher auch die gleiche Qualität der Waren, die gleiche Sicherheit bezüglich der Leistungen, der Bedienung und der Zahlungsfähigkeit biete, somit auch das gleiche Vertrauen verdiene, wie bisher.

Das ist natürlich nichts, als eine grossartige petitio principii; mit der Unrichtigkeit der Voraussetzung fällt auch das ganze System über den Haufen. Bekanntlich giebt es unter Tausenden kaum zwei gleiche Menschen, wie will man nun auf eine derartige Ausnahme ein Prinzip bauen? Woher bekommen wir auch nur die leiseste Sicherheit, dass die neuen Inhaber wirklich gleich denken, fühlen und handeln werden, wie die alten, ganz abgesehen davon, dass in erster Linie das Allerroheste, der gleiche Vermögensstand, müsste nachgewiesen werden. Jawohl, träfen alle äussern und innern Qualitäten zusammen, dann könnte man sagen, es sei gleichgültig, welche Namen die Inhaber trügen, das Haus bleibe dasselbe. Da sitzt ja eben der Haken. In neunundneunzig von hundert Fällen werden die Inhaber nicht dieselben sein und daher auch das Haus nicht dasselbe bleiben. Die paar guten Beispiele alter Firmen bilden der Gesamtheit gegenüber eine verschwindende Minorität, auf welche wir kein System basieren können; denn das Gesetz hat nicht die Ausnahme, sondern die Regel im Auge. Und da nun der Regel nach die einzelnen Menschen verschieden sind, so muss auch der Wechsel derselben auf irgend eine Weise angedeutet werden, damit der Gegenkontrahent auch wirklich Ursache habe, sich nach den Personen zu erkundigen. Ob er's thut oder nicht, ist seine Sache, jedenfalls wird er dann nicht mehr getäuscht.

Soll das Ganze nicht lediglich eine Präsumtion bleiben und dem Publikum irgend eine Sicherheit für die unveränderte Fortsetzung der Firma geboten werden, so müsste jeweilen das Vorhandensein der gleichen Voraussetzungen untersucht

und geprüft werden. Wer aber sollte und könnte das thun? Dazu benötigten wir einer Behörde, gegen welche alle Censoren und Wohlfahrtsausschüsse sich wie Lämmer an Unschuld ausnähmen. Von kaufmännischer Seite wurde dieser Vorschlag gewiss nicht gemacht, oder dann war er nicht aufrichtig gemeint; denn niemand wahrt seine Geschäftsgeheimnisse eifersüchtiger und ist gegen jede Einmischung empfindlicher und misstrauischer, als gerade die Kaufleute.

Gegen diese allgemeinen Erwägungen schwinden die wenigen Einzelheiten, welche man zu Gunsten der sogenannten materiellen Firmenwahrheit aufführen kann, in nichts zusammen; ganz abgesehen davon, dass sie selbst meist nur auf einer Täuschung resp. unrichtigen Auffassung beruhen. Ueber Annahmen, wie die, der Veräusserer der Firma werde selbst dafür sorgen, dass dieselbe in solider Weise weiter geführt werde, können wir ruhig hinweg gehen; selbst wenn er es wollte, so wäre er dazu nicht im Stande. Nicht einmal die Uebertragung an die nächsten Familienglieder oder alte Angestellte bietet hiefür eine Sicherheit, wie wir wohl nicht weiter auszuführen brauchen.

Allerdings Einwände, gleich dem, dass ausnahmsweise einmal der Erwerber den gleichen Namen trägt, wie der Veräusserer und nun das Publikum durch die gleich bleibende Firma bei Wechsel des Inhabers getäuscht werde, weil möglicherweise das Geschäft trotz der gleich lautenden Firma nicht in gleicher Weise fortgeführt und somit die materielle Wahrheit verletzt werde, darf man nicht bringen. Das kann ja vorkommen, beweist aber für die Regel nicht das Mindeste, überdies handelt es sich dabei gar nicht um eine Uebertragung der alten Firma, sondern um eine neue, die zufälligerweise gleich lautet, wie die alte. Dass dann auch einmal, wie bei Johann Maria Farina und Faber, der gleiche Effekt absichtlich und auf Täuschung berechnet kann erzielt werden, indem die Firma gleich lautet, während die materielle Basis derselben eine ganz andere ist, fällt für die Allgemeinheit ausser Betracht, und für diese seltenen Fälle bleibt ja noch immer die beliebte concurrence déloyale zur Verfügung.

Auch das Beispiel von dem Vater und dem Sohn, wo letzterer bei ungleichem Namen die Firma nicht fortführen darf, trotzdem er vielleicht der Solideste und Brävste aller Söhne ist, während ihm bei formell gleichem Namen die Beibehaltung gestattet werde, auch wenn er keinerlei moralische Garantien biete, worunter dann die materielle Wahrheit leiden soll, bedarf keiner langen Widerlegung. Sie ist erstens zu selten, zweitens handelt es sich wiederum nicht um die alte, sondern um eine neue Firma, und drittens wird dann plötzlich entgegen der sonstigen Präsumtion angenommen, der Sohn führe nun das Geschäft nicht im soliden Sinne des Vaters fort. (Vgl. hiezu oben Seite 760.)

Schliesslich soll dann, um diese entfernten Möglichkeiten zu vermeiden, eine regelrecht erloschene Firma nicht von einem regelrecht denselben Namen führenden neuen Inhaber neu dürfen eingetragen werden, vielmehr müsse er damit eine Anzahl Jahre warten, weil sonst die materielle Firmenwahrheit verletzt und das Publikum geschädigt werden könnte.

Da kommt man ja aus der Kasuistik gar nicht mehr heraus. Darum entweder Uebertragbarkeit oder nicht, Firmenwahrheit und Zwang oder absolute Freiheit; all das zusammengequälte Mittelzeug ist unlogisch und unpraktisch.

Zur Unterstützung der Uebertragbarkeit der Firmen wird die Analogie der Fabrikmarken und der Enseignen sehr häufig angeführt, speziell auch für obigen Vorschlag, eine gleichlautende Firma erst nach Verfluss einer bestimmten Frist seit Erlöschen der vorhergehenden wieder eintragen zu dürfen. Nun bestimmt allerdings Art. 10 des Markenschutzgesetzes vom 26. September 1890, dass eine gelöschte Marke für die gleichen Erzeugnisse oder Waren erst nach Ablauf von 5 Jahren, vom Tage der Löschung an gerechnet, seitens eines Dritten könne hinterlegt werden. Der Zweck ist evident der, dass nicht der gute Ruf einer Marke für ein minderwertiges Erzeugnis in Anspruch genommen werde, sowie überhaupt um Verwechslungen und Täuschungen vorzubeugen. Hiemit geraten wir aber auf ein anderes, dem bisherigen Firmenrechte fremdes Gebiet; denn es müsste dann nicht die

gleichlautende Firma schlechthin, sondern nur eine solche in der gleichen Geschäftsbranche untersagt resp. befristet werden. Wir müssten also dem Registerführer die Prüfung dieses Thatbestandes auferlegen, womit wir nur eine neue Komplikation herbeiführten, welcher der Beamte in vielen Fällen nicht gewachsen wäre. Es geht auch hier, wie mit so manchen anderen Analogien, sie stimmen nur bedingungsweise überein, man darf sie daher nur mit Vorsicht aus dem einen Gebiete in das andere übertragen. Bei der Marke hat der Aufschub einen Zweck, da dieselbe frei gewählt und nur durch das Vorrecht eines andern eingeschränkt wird; die Firma dagegen ist an den Namen des Trägers gebunden, der Spielraum also viel kleiner, so dass wir denselben nicht noch mehr beschränken dürfen, sofern nicht eine dringende Notwendigkeit vorliegt. Diese können wir aber umsoweniger behaupten, als wir ohnedies die materielle Firmenwahrheit ablehnen. Ist einmal keine gleichlautende Firma mehr vorhanden, und somit die Bedingung von O. 868 erfüllt, so sehen wir keinen Grund ein, um jemand am Gebrauche seines eigenen Namens zu verhindern und die lästige und für manchen sowieso schon fast unbegreifliche Schranke des Art. 868 O. R. noch weiter auszudehnen. Hiebei hilft uns auch Art. 11 des Markenschutzgesetzes nichts, der besagt, dass eine Marke nur zugleich mit dem Geschäfte, dessen Erzeugnissen sie zur Unterscheidung dient, könne übertragen werden.[1]) Zum deutschen Rechte

---

[1]) Wie wenig Aussicht auf Erfolg übrigens dieser Vorschlag hat, geht aus dem weiter unten zu erwähnenden Entscheid des Bundesgerichtes vom 6. März 1897 (Revue XV, S. 84) hervor, wo bezüglich der „Geschäftsbezeichnung“ ausdrücklich erklärt wird, dass sie mit Aufhören des Geschäftes gemeinfrei werde und derjenige, der sie zuerst wieder für sein Geschäft gebrauche und in den Verkehr bringe, ein ausschliessliches Recht auf dieselbe neu erwerbe. Wird also nicht einmal für die Geschäftsbezeichnung, die doch mehr Analogie mit der Marke böte, eine Frist gesetzt, so darf das noch viel weniger für die Firma geschehen, auf welche derjenige, der den in Frage kommenden Namen wirklich trägt, doch von vornherein ein unbestreitbares Recht besitzt. — Anders freilich verhält es sich da, wo die frühere Firma noch als Zusatz weiter besteht, so im Falle Ditisheim frères. Diese Firma wurde ersetzt durch Maurice Ditisheim successeur de Ditisheim frères, und da-

passt allenfalls die Analogie, zu unserm bisherigen jedoch nicht, und es dürfte wohl eher Art. 11 des Markenschutzgesetzes, als Art. 874 des Obligationenrechtes abgeändert werden.

Ueberhaupt sollen, wie das Bundesgericht dies schon mehrfach ausgesprochen hat, Firma, Marke und Enseigne nicht zusammengeworfen werden.[1])

Sehen wir von dem Falle des Art. 1 Ziffer 1 des Markengesetzes ab, wo die Firma selbst als Marke dient, so ergiebt sich folgender Unterschied.

Die Firma ist der Name einer Person, die Fabrikmarke die Bezeichnung, das Attribut einer Sache resp. von Sachen, die im Besitze einer Person sind, und dieser letztern gegenüber selbst wiederum Sache. Daraus ergeben sich die richtigen Konsequenzen. — Die Firma geht unter mit der Person (Individuum oder Gesellschaft) und kann richtiger Weise ebensowenig übertragen werden, als die Person selbst. Hieran ändert auch das nichts, dass beim Austritt oder Eintritt eines Individuums aus einer Gesellschaft die Firma unter Umständen dieselbe bleiben kann; denn, genau juristisch gesprochen, ist die Gesellschaft mit einem neuen Teilhaber nicht mehr die alte, sondern eine neue Gesellschaft, und es müsste daher auch die alte Firma gelöscht und eine neue (gleichviel ob diese wie die alte heisst oder nicht) eingetragen werden, eventuell unter Uebernahme von Aktiven und Passiven, wie dies übrigens thatsächlich auch sehr oft geschieht.

Art. 11 des Markengesetzes bindet daher auch ganz richtig die Marke bezüglich der Uebertragbarkeit nicht an

---

neben that sich eine neue Firma Ditisheim frères auf; das kann allerdings unangenehme Folgen haben, gehört aber weniger in das Kapitel der materiellen Firmenwahrheit, als in dasjenige des Art. 868 und eventuell in die concurrence déloyale.

[1]) Urteil des Bundesgerichts vom 4. Sept. 1891 i. S. Christen-Kesselbach gegen Danioth, Entsch. XVII, S. 512 ff., vgl. hievor S. 733/4 und vom 16. Okt. 1891 i. S. H. Hediger & Söhne gegen Hediger & Cie., Entsch. XVII, S. 649. Revue X, S. 9 ff. Entsch. vom 10. Okt. 1896 i. S. Grézier gegen Bonnet & Cie. Ztschrft. N. F. XVI Revue XV, S. 18. Entsch vom 22. April 1892 i. S. Hauri, Revue X, S. 80.

die Person, an die Firma, sondern an einen derselben gehörenden Besitzeskomplex, an das Geschäft, an eine Sache, ja er dürfte sogar ruhig noch weiter gehen und die Marke nicht nur mit dem Geschäft, als Ganzem, sondern mit den einzelnen zu demselben gehörenden Sachen (Waren, Erzeugnissen) übergehen lassen, falls der frühere Besitzer sich verpflichtete, selber diese Marke nicht mehr zu führen. Im Verkehr wird die Marke geradezu zur Eigenschaftsbezeichnung der Sache und sehr oft zur Bezeichnung der Sache selbst, losgelöst von der Person des Fabrikanten. Der Käufer verlangt die bestimmte Marke und setzt damit auch eine bestimmte Art und Qualität der Ware voraus. Es identifizieren sich somit schliesslich Marke und Sache, weshalb es durchaus nicht so ab Wege läge, dies auch gesetzlich zu thun und die Marke, sofern sie nicht mit der Firma verbunden ist, nicht der Person für ihre Sachen, sondern der einzelnen Sache selbst zu erteilen, wobei dann freilich der jetzige Charakter eine Aenderung erlitte, aus einem subjektiven ein objektiver würde, und eine Person eine grössere Anzahl von Marken führen könnte, die nur noch eine bestimmte Sache bezeichneten und jederzeit von der Person ablösbar und auf eine andere übertragbar wären.

Die Enseigne ist in ihrer heutigen Entwicklung ein etwas beschränkterer Begriff; sie geht historisch auf den Gasthofschild zurück, weil diese Form ihre häufigste und prägnanteste Erscheinung war. Da sie aber heute auch schon vielfach zur Geschäftsbezeichnung, zum Geschäftsschilde, geworden ist und sich auch thatsächlich ebenso gut für jedes andere Geschäft, wie für den Gasthof- oder Wirtschaftsbetrieb eignet, so kann sie nach und nach geradezu zur Marke werden. — Einstweilen erscheint sie an ein bestimmtes Etablissement, ursprünglich sogar ganz lokal an ein Haus, eine Liegenschaft gebunden, doch ist eine Weiterentwicklung des Begriffes nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern geradezu vorauszusehen; dann wird sich das Gesetz, was bisher noch sehr wenig geschehen ist, auch mit ihr beschäftigen und ihren Kreis gegenüber der Firma und der Marke abgrenzen

müssen. So viel steht schon jetzt sicher, dass sie sich mehr der letzteren, als der ersteren nähert, wenigstens nach schweizerischem Rechte, während allerdings bei freier Wahl und freier Uebertragbarkeit der Firma sich die Unterschiede zwischen Firma, Marke und Geschäftsschild juristisch sehr verwischen und schliesslich nur noch in der Aeusserlichkeit liegen, dass die Firma aus Buchstaben besteht, die beiden anderen dagegen in der Regel ein Bild, eine Figur irgend einer Art darstellen. Beides ist im Grunde nur zufällig; denn eine Firma z. B. in arabischer Schrift oder in Gabelsbergischer Stenographie würde sich von einer sonstigen Arabeske oder einer besonders stilisierten Spinne für den Nichtaraber und Nichtgabelsbergianer nur wenig unterscheiden.

In Bezug auf die Uebertragbarkeit folgt die Enseigne denselben Grundsätzen, wie die Marke; sie geht im Zweifel mit dem Geschäfte, das heisst dem Etablissement, zu dem sie gehört, über, weil dies ihrem Wesen als Aushängeschild, als Geschäftsemblem entspricht. Da aber, anders als bei Firma und Marke, ein gesetzliches Verbot nicht existiert, so ist eine Trennung möglich und daher nicht ausgeschlossen, dass jemand sein Geschäft ohne die Enseigne verkauft, diese selbst aber für sich behält, um unter derselben an anderer Stelle ein gleiches oder ähnliches Geschäft weiter zu betreiben. — Hierüber kann also noch im Gegensatz zu Firma und Marke der Vertragswille entscheiden.

Mit dieser letzten Konsequenz scheint freilich das Bundesgericht noch nicht einverstanden zu sein, da es die Geschäftsbezeichnung nur mit dem Geschäfte selbst übertragbar erklärt:

„Geschäftsbezeichnungen individuellen Charakters (wozu auch die Bezeichnung „Industrie genevoise d'Electricité" gehört) sind rechtlich geschützt.

Das Recht auf eine Geschäftsbezeichnung kann durch Rechtsnachfolge nur gemeinsam mit dem Geschäfte, für welches dieselbe angenommen worden ist, nicht getrennt von demselben übertragen werden (ebenso wie das Markenrecht). Wird das Geschäft endgültig aufgegeben, so wird die Geschäftsbezeichnung gemeinfrei in dem Sinne, dass ein ausschliessliches Recht auf dieselbe von dem-

jenigen neu erworben wird, der sie zuerst wieder für sein Geschäft gebraucht und in den Verkehr einführt. (Entsch. vom 6. März 1897 i. S. G. Olivet und G. Olivet & Cie. in Liquidation c. Bousser. — Ztschrft. N. F. XVI Revue XV, Seite 84.)"

Da in der Revue nur obige Sätze angegeben sind, während in der Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheide das Urteil selbst noch nicht erschienen ist, so wissen wir nicht, was unter der „Geschäftsbezeichnung" verstanden wird, ob ein Firmenzusatz oder eine blosse Enseigne oder beides, und können daher noch keine definitiven Schlüsse ziehen. Was sind „Geschäftsbezeichnungen individuellen Charakters?" Die Bezeichnung „industrie genevoise d'Electricité" hat doch eigentlich sehr wenig individuelles an sich, „zur St. Galler Stickereihalle" oder „Pariser Modebazar" ist mindestens ebenso individuell. Das einzige, was obigen Sätzen mit Sicherheit kann entnommen werden, bleibt erstens das, dass solche Geschäftsbezeichnungen nur mit dem Geschäfte übergehen sollen, wofür aber ausser der Analogie des Markenrechtes keinerlei gesetzlicher Anhaltspunkt existiert und was also zum mindesten zweifelhaft ist, — und zweitens das, dass sie entgegen Art. 10 des Markenschutzgesetzes, das für den Wiedergebrauch seitens eines anderen eine Nachfrist von fünf Jahren festsetzt, sofort nach Aufgabe seitens des einen durch einen anderen wieder gebraucht werden dürfen. Ein Entscheid, der im gleichen Absatze einmal das Markenrecht anwendet, das andere Mal verwirft, bedarf denn doch noch einer anderweitigen Bestätigung, ehe er als rechtmachend kann angesehen werden.

Ein ganz vorzügliches Mittel, um die alte Firma ohne Uebertretung des Gesetzes zu bewahren, hat die französische Praxis gefunden und geniesst für dasselbe auch des gerichtlichen Schutzes, indem die alte Firma, deren Ruf man doch gerne ausnützen wollte, geradezu zur Enseigne, zum Geschäftsschilde, zur Marke wird, und in dieser Eigenschaft überall auf Geschäftspapieren, Etiquetten und in Publikationen jeder Art kann verwendet werden. Auf solche Weise dauert die Firma in unbegrenzte Zeiten für den geschäftlichen Verkehr

weiter und bleibt nicht an die Person, sondern nur an das Geschäft und die Ware gebunden. Das Gleiche gilt auch für andere, der Phantasie entnommene Geschäftsbezeichnungen, dieselben erhalten einen selbständigen Charakter, losgelöst von der Firma und können ohne diese jederzeit übertragen werden; resp. die Firma mag ändern, wie sie will, die Enseigne bleibt und geht mit dem Geschäft auf den neuen Erwerber über. Französische Berichte schreiben darüber:

„D'après la législation et la jurisprudence française chacun, individu ou société, peut dans l'exercice de son commerce adopter la dénomination qui lui convient, même de pure fantaisie. Cette dénomination n'est en réalité considérée, que comme *une sorte d'enseigne*. La dénomination passe aux successeurs avec la maison de commerce elle-même, à moins qu'il n'y ait une clause prohibitive.

Une désignation de fantaisie peut en matière de société en nom collectif ou en commandite être jointe accessoirement à la raison sociale et à la différence de celle-ci elle peut se transmettre aux successeurs et subsister malgré tout changement parmi les associés. *C'est une enseigne*.

La sévérité des dispositions de l'article 21 a pour conséquence que des raisons de commerce deviennent des *marques de commerce* („Veuve Clicquot-Ponsardin" est la marque de commerce de Messieurs Werlé & Cie., qui l'exploitent. — „Moët & Chandon" appartient aujourd'hui à Chandon & Cie.)

Es ist wohl kaum ein Geschäftshaus der ganzen Welt so bekannt wie „Veuve Clicquot" und Moët & Chandon," speziell in überseeischen Ländern werden sie mit Vergnügen und in ihrem vollen Werte geschätzt, unbekümmert darum, dass die Firma geändert hat. Wenn also diese beiden auf die oben angegebene Weise ihren Weltruf bewahren konnten trotz der Strenge des Gesetzes und ohne Verletzung desselben, so sollte das schweizerischen Geschäften auch möglich sein; denn auch bei uns lässt sich dasselbe Verfahren anwenden. (Vergl. hievor S. 575.)

Nach unserem Markenschutzgesetz können Firmen als Marken oder als Teil derselben aufgenommen werden (Art. 1. Art. 16 Abs. 4) und desgleichen auch Geschäfts- oder Warenbezeichnungen. Dass die Marken gelöscht werden müssten, wenn die Firma erloschen ist, steht nirgends im Gesetz.

Dieses sieht im Gegenteil ausdrücklich Aenderungen in Firmen vor (Art. 16 Abs. 4); auch werden unbeanstandet Marken von der einen Firma auf die andere übertragen, sofern nur das Geschäft mit übergeht (Art. 11). Es kann daher die als Marke oder als Bestandteil einer solchen figurierende Firma in dieser Eigenschaft bestehen bleiben und somit auch auf einen neuen Erwerber übertragen werden, so dass wir zum ganz gleichen Resultate gelangen, wie das französische Recht, und damit erloschene Firmen als Marken oder Bestandteile solcher beibehalten können. Hiedurch entkräften wir auch den Einwand, der so oft zu Gunsten der Uebertragbarkeit der Firmen angeführt wird, nämlich dass man in überseeischen Ländern die alte Firma unumgänglich beibehalten müsse, weil dort immer der einmal bekannte Name entscheidend bleibe; denn da dort wesentlich auf Marken hin gekauft wird und sich um die Inhaber niemand kümmert, so wird der gewollte Zweck vollkommen erreicht, sobald die alte Firma als Marke oder als Bestandteil derselben kann weiter geführt werden. (Vergl. hievor Seite 758/9.)

Ueberblicken wir nun die Vor- und Nachteile unseres Systems gegenüber dem deutschen, um dessen Nachahmung es sich doch wohl einzig handeln könnte, so müssen wir wohl zur Ueberzeugung gelangen, dass das unsere vorzuziehen sei. Man hat sich seiner Zeit den Schritt lange überlegt und alle Systeme, die ja damals dieselben waren, wie heute, geprüft, ja das Obligationenrecht selbst hat in den Entwürfen diverse Zwischenstadien durchgemacht, bevor es zur heutigen Fassung gelangte. Die Botschaft des Bundesrates vom November 1879 spricht sich darüber bestimmt und deutlich aus, indem sie nach Durchgehung der verschiedenen sich entgegenstehenden Rechte den Abschnitt mit den Worten schliesst:

Wir haben uns nicht verhehlt, dass durch die Annahme und strenge Durchführung dieses Systems sehr tief in thatsächliche Verhältnisse eingegriffen wird, welche seit Jahrhunderten in der deutschen Schweiz, namentlich in St. Gallen, Basel und Zürich bestanden haben. Sehr viele alte und renommierte Etablissemente werden unter den alten Firmen von einzelnen Inhabern oder Kollektivgesellschaften oder Gérants von Kommanditgesellschaften fortge-

führt, deren bürgerliche Namen gar nichts mit dem einen oder den mehreren Namen zu thun haben, aus denen die Firma zusammengesetzt ist.

Sehr häufig sind ganz enorme Summen von dem neuen Erwerber des Etablissements für die Befugnis zur Fortführung der Firma ganz unabhängig von dem, was ausserdem für Uebernahme der reellen Aktiva des Etablissements vergütet werden musste, bezahlt worden.

Dessen ungeachtet glauben wir das System des Entwurfes empfehlen zu sollen. Es sprechen dafür Interessen der öffentlichen Ordnung und es ist dasselbe nicht bloss einstimmig von allen Experten der romanischen Schweiz, sondern sogar von kompetenten Organen des Handelsstandes aus der deutschen Schweiz dringend empfohlen worden.

Wenn wir hiegegen sehen, wie sich die Denkschrift zum deutschen Entwurfe winden und drehen muss, um denselben zu rechtfertigen, wenn wir den Gang der Beratungen mit ihren engherzigen, oft so kleinlichen und konkurrenzneidischen Voten verfolgen, so vermag uns das wenig für die Uebertragbarkeit der Firmen zu begeistern. Es ist immer misslich, wenn man einem Privatnutzen zu liebe von dem Prinzip der Wahrheit und Offenheit abweichen muss, doppelt schlimm aber, wenn man nicht einmal eine Notwendigkeit dafür anführen kann und im Grunde von der falschen Position selbst überzeugt ist, aber sie aus Hang zum Althergebrachten und aus Angst vor der Konkurrenz nicht zu ändern wagt.

Den besten Beweis, dass die Uebertragbarkeit nur im Interesse der Kaufleute selbst liegt und gegen dasjenige des Publikums gerichtet ist, sehen wir in den Mitteln, die man ergreifen will, um deren Nachteilen und den damit unbestreitbar verbundenen Täuschungen vorzubeugen: einmal der zwangsweise Uebergang der Schulden auf den neuen Erwerber, zum andern die rigoröse Polizeimassregel des Anschlagens der wirklichen Inhabernamen an den Verkaufsläden, und schliesslich all die Kleinigkeitskrämerei und Markterei an unbedeutenden Einzelnheiten, der man das Haschen nach dem Strohhalm von weitem ansieht. Noch bedenklicher aber und um so verwerflicher erweist sich diese ganze Tendenz darin, dass man die beiden wirklich wirksamen Gegenmittel sofort selbst wieder

vernichtet oder doch ihrer wesentlichen Heilkraft beraubt, indem man einerseits den Uebergang der Schulden wegzubedingen gestattet, was voraussichtlich bald die Regel bilden wird, und indem man andererseits die öffentliche Nennung der wirklichen Inhaber nur auf die kleinen Gewerbetreibenden beschränkt, die grossen Geschäfte aber davon befreit. Zugleich wird damit auch die stets in den Vordergrund gestellte Fiktion, dass jedermann den Inhalt des Handelsregisters kenne, recht augenfällig als Fiktion dargethan; denn verhielte es sich dem also, so brauchten sich die Kaufleute gegen eine weitere Publizität nicht zu wehren; dass sie es aber thun und die Zähigkeit, mit der sie an der Beibehaltung der alten Firma hangen, beweist, wie wenig die Publizität des Handelsregisters thatsächlich benützt wird. Würde die Veröffentlichung der Namen der wirklichen Inhaber an den Magazinen, auf den Geschäftsschilden und den Geschäftspapieren energisch und konsequent durchgeführt, so schwände vermutlich der Wert der alten Firmen so dahin, dass nach einem Jahrzehnt kein Mensch mehr etwas dafür bezahlen möchte. Ihr Wert besteht eben in der Heimlichkeit, der Unkenntnis des Gegenkontrahenten und ist daher im Wesentlichen auf eine Täuschung des Publikums berechnet.

Wir haben nun seit 14 Jahren mit diesem Systeme gebrochen; die meisten, und darunter von den grössten Geschäften, haben sich dem Gesetze unterworfen, die Strenge desselben wird also kaum mehr oder doch unendlich viel weniger empfunden, als bei der Einführung, und nun sollten wir ein paar Dutzend Renitenter zu liebe wieder umkehren und bekennen, dass wir uns mit der Arbeit eines halben Menschenalters geirrt und dass all die schönen Sätze von Wahrheit, Sicherheit und Ehrlichkeit des Verkehrs nichts waren, als Kathederdummheit unpraktischer Theoretiker? Was werden hiezu diejenigen sagen, die sich dem Gesetze unterwarfen, und wohin soll die Achtung vor dem Gesetze überhaupt kommen? Man bringe doch einmal die Tausende, die dies verlangen; wo bleibt das Brausen der mächtigen Volkesstimme, die wir sonst bei Revisionen kennen, und wo

die so eifrige Presse, die Versammlungen, die Initiativbogen und all der bekannte Apparat? Nichts, weit und breit nichts; und da sollen wir ein lange erwogenes, seit 14 Jahren eingeführtes System über den Haufen werfen? Schwerlich.

Sollte aber dennoch die konsequente Durchführung der Firmenwahrheit, wie sie O. 874 verlangt, als zu streng empfunden und eine Revision durchgesetzt werden, so müssten wir von einer Befolgung des deutschen Systems abraten. Verzichtet man auch auf die Nennung der wirklichen Inhaber, so sollen doch auch keine unrichtigen angegeben werden, wie dies beim einfachen Beibehalten der alten Firma geschieht. Diese positive Täuschung, über deren beabsichtigte oder unbeabsichtigte Unehrlichkeit man nun einmal nicht hinwegkommt, lässt sich vermeiden, sobald man der alten Firma den Zusatz „Nachfolger“ anhängt. Damit weiss wenigstens jeder, dass mit der Firma eine Veränderung stattgefunden hat, dass die Inhaber mit dem Firmennamen nicht mehr übereinstimmen, und dass er also im Handelsregister nachsehen muss, wenn er den wirklichen Bestand kennen will. In solcher Weise lassen sich die beiden Tendenzen einigermassen versöhnen; die alte Firma wird gewährt, der Zusatz „Nachfolger“ schützt sie jedoch vor dem Vorwurfe der positiven Unwahrheit und der absichtlichen Täuschung. (Vgl. Seite 773/4.)

Freilich sollte man dann auch, um den ebenso unheilvollen Irrtum über den Charakter der Firma zu vermeiden, in Ausdehnung des deutschen Entwurfes überall da, wo Firma und Charakter nicht übereinstimmen, den Zusatz der charakteristischen Bezeichnung mindestens in abgekürzter Form verlangen, also: E.-F., Koll.-Ges., Kom.-Ges., A.-G., Kom.-A.-G., Genoss., und da wir einmal auf deutscher Spur wandeln, so liesse sich als Korrektiv auch das Anbringen der wirklichen Inhabernamen auf den Geschäftsschilden und den Geschäftspapieren einführen. Gestattete man eine Aenderung des bisherigen Systems nur unter diesen beiden Bedingungen, so würden die Kaufleute vermutlich gern auf jede Aenderung verzichten.

Die Uebertragung der Firma unter Ehegatten kann in der durch die Praxis bereits vorgesehenen Weise beibehalten werden.

Aus- und Eintritt von Gesellschaftern.

Da es sich beim Aus- und Eintritt von Gesellschaftern nur um die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft und allenfalls noch um die Kommanditaktiengesellschaft handeln kann, so hätte dieser Abschnitt nach den genannten Gesellschaften eingereiht gehört. Weil aber andererseits firmenrechtlich die Behandlung sehr stark in diejenige der Firmenübertragung überspielt und vieles für beide zutrifft, so bringen wir, um uns Wiederholungen zu ersparen, aus praktischen Gründen den Abschnitt erst jetzt.

Noch weniger, als bei den andern Artikeln, wissen wir hier, ob eigentlich irgend welcher Wunsch nach einer Gesetzesänderung besteht; denn es giebt nicht einmal eine dem Gesetze widerstrebende Praxis, aus welcher ein solcher könnte entnommen werden. Immerhin sind die in Belang tretenden Fragen so innig mit der Uebertragbarkeit der Firmen und der Beibehaltung der Namen früherer Inhaber verbunden, dass mit dem einen auch das andere fallen oder stehen muss.

Besprechen wir also auch noch kurz O. 872:

„Wenn eine Person, deren Namen in der Firma einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft enthalten ist, aufhört, Mitglied der Gesellschaft zu sein, so darf auch mit Einwilligung dieser Person oder ihrer Erben die bisherige Gesellschaftsfirma nicht beibehalten werden.“

Vorausgesetzt ist, dass überhaupt eine Gesellschaft bestehen bleibt; denn in den Fällen, wo von zwei Gesellschaftern einer austritt, geht die Gesellschaft unter und kann höchstens eine Einzelfirma an deren Stelle treten, für die dann O. 867 zur Geltung kommt. Dies trifft auch da zu, wo der austretende Gesellschafter seinen Namen nicht in der Firma hatte, sondern nur durch & Cie. bezeichnet war, das Gesetz hat also nicht etwa diese Möglichkeit vergessen. Es müssen diese beiden Fälle darum besonders hervorgehoben werden, weil O. 577 Abs. 2 öfters in gegenteiliger Weise ausgelegt wird, während er nur von der Fortführung des Geschäftes, nicht aber von derjenigen der Firma redet und überhaupt für das Firmenrecht gar nicht in Betracht kommt.

Selbstverständlich greift O. 872 auch dann Platz, wenn aus einem Kollektivgesellschafter, dessen Namen in der Firma stand, ein Kommanditär wird; dann bleibt er zwar Mitglied der Gesellschaft, aber nicht der früheren Kollektiv-, sondern einer nunmehrigen Kommanditgesellschaft, und in dieser darf gemäss O. 870 und 600 der Name eines Kommanditärs nicht enthalten sein. Genau genommen ist also O. 872 nicht ganz präzis abgefasst, sofern man nicht scharf juristisch darauf abstellt, dass eben eine neue Gesellschaft vorliegt, was weder das Obligationenrecht, noch der gewöhnliche Sprachgebrauch thut.

Das Obligationenrecht setzt überhaupt nicht den juristischen Begriff der Gesellschaft in den Vordergrund, sondern begnügt sich mit der Erscheinung nach Aussen, dem Geschäft und der Firma, der materiellen Basis und der rein formellen äussern Erscheinungsform. Juristisch wird mit jedem Aus- und Eintritt eines Gesellschafters die Gesellschaft eine andere, und dementsprechend sollte auch jeweilen, gleichgültig ob die Firma ändert oder nicht, die alte Gesellschaft erlöschen, im Handelsregister gestrichen werden und an Stelle deren eine neue unter Uebernahme von Aktiven und Passiven treten. Thatsächlich kann auch die Gesellschaft zu einer ganz andern werden; wenn z. B. ein tüchtiger Sozius austritt und durch einen untüchtigen ersetzt wird, so sind die Folgen dieses Wechsels oft gar bald bemerkbar und ziehen auch das Geschäft, zu Gunsten dessen der juristische Begriff geopfert wird, recht sehr in Mitleidenschaft. Das Gesetz sieht darin nur einen innern Vorgang und begnügt sich mit der Publikation des Aus- und Eintrittes nach aussen. Hiedurch werden aber Dritte möglicherweise empfindlich geschädigt und zwar sowohl alte, als neue Interessenten. Die neuen glauben noch mit der frühern soliden Gesellschaft zu thun zu haben, und die alten können gegen die einzelnen Gesellschafter nicht vorgehen, trotzdem sie sehen, wie die Gesellschaft von Tag zu Tag schlechter und unsolider wird. Der Ausscheidende haftet ihnen ja allerdings noch 5 Jahre lang, sie müssen aber in den meisten Fällen der Gesellschaft weiter kreditieren,

weil sie durch Aufkündungstermine oder auch nur durch rein thatsächliche Verhältnisse dazu gezwungen sind. Die Gesellschaft besteht fort, und es kann also der einzelne Gesellschafter gemäss O. 564 Abs. 3 nicht belangt werden; diese Fortdauer der Gesellschaft ist aber rein in das Belieben der Gesellschafter gestellt (O. 575), und der Kreditor wird gar nicht gefragt, ob er der neuen Gesellschaft kreditieren will, so dass ihm nach und nach seine sämtlichen soliden Schuldner faktisch unter der Hand entschwinden können. Auch O. 565, der den Neueintretenden für alle Schulden haftbar erklärt, hilft nicht; denn der Neue besitzt möglicherweise nichts, als Schulden und kann überdies durch seine Unkenntnis oder durch seine unsolide Geschäftsführung die Gesellschaft ruinieren und damit die Kreditoren und Kunden schädigen. Richtigerweise sollte daher bei jedem Aus- und Eintritt die Gesellschaft aufgelöst und eine neue eingegangen werden, dann liegen die Verhältnisse klar, und niemand kommt zu Schaden. Wer weiter kreditieren will, mag es auf seine Gefahr hin thun, wer der neuen Gesellschaft nicht traut, der kann sich aus dem vorhandenen bezahlt machen und darf die ihm haftenden Gesellschafter belangen. Man braucht vor diesem Verfahren nicht zurückzuschrecken; denn thatsächlich würde in weitaus den meisten Fällen alles weiter gehen, wie bisher, da die grosse Mehrzahl der Gesellschaften und der Menschen ehrlich und solid sind; den unehrlichen und unsoliden aber wäre wenigstens wieder eine Möglichkeit des Betrügens und Beschwindelns genommen. Der Geschäftsverkehr würde dabei auch nicht um ein Atom gestört. Folgerichtigerweise müsste womöglich in der Firma der Wechsel der Gesellschaft kenntlich gemacht werden, das wäre eine wirklich materielle Firmenwahrheit; doch da wir mit der ganzen Auseinandersetzung sowieso einen Kampf gegen Windmühlen fechten, so können wir uns die Mühe hierüber zu sprechen, billigerweise ersparen.

Obgleich das deutsche Gesetz bezüglich der Beibehaltung der Firma ein weniger strenges System befolgt und diese auch bei Ausscheiden eines Gesellschafters, dessen Name in

der Firma steht, mit dessen Einwilligung gestattet, ist es doch im Wortlaute präzis und hebt schon das als etwas Besonderes hervor, dass überhaupt beim Wechsel von Gesellschaftern die Firma nicht geändert werden müsse. Hiedurch anerkennt es, dass im Grunde die Firma geändert werden sollte. Artikel 24:

„Wenn in ein bestehendes Handelsgeschäft jemand als Gesellschafter eintritt oder wenn ein Gesellschafter zu einer Handelsgesellschaft neu hinzutritt oder aus einer solchen austritt, so kann, ungeachtet dieser Veränderung, die ursprüngliche Firma fortgeführt werden."

„Jedoch ist beim Austreten eines Gesellschafters dessen ausdrückliche Einwilligung in die Fortführung der Firma erforderlich, wenn sein Name in der Firma enthalten ist."

Das Obligationenrecht hat den ersten Satz nicht recipiert, weil es, seiner oben kritisierten Behandlung der Gesellschaft entsprechend, denselben als unnötig auffasst und daher als Regel hinstellt, was das deutsche Gesetz als Ausnahme annimmt.

Im Kampfe um die Firmenwahrheit spielte natürlich auch der deutsche Artikel 24 eine Rolle und wurde daher im ersten Entwurfe ebenfalls abgeändert, wobei er folgende Fassung erhielt:

„Tritt bei einer Handelsgesellschaft eine Aenderung in den Personen der Gesellschaft ein und entspricht in Folge dessen die bisherige Firma nicht mehr den Vorschriften des § 17 (d. h. der Firmenwahrheit, wie sie für den ersten Eintrag vorgesehen ist), so darf die Gesellschaft diese Firma nur mit einem die neuen Inhaber bezeichnenden Zusatz oder als Anhang zu der neu gebildeten Firma fortführen."

„Beim Ausscheiden eines Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten ist, bedarf es zur Fortführung der Firma der ausdrücklichen Einwilligung des Gesellschafters."

„Tritt jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein, so findet die Vorschrift des Absatz 1 entsprechende Anwendung."

So gut die Absicht bei der Abfassung dieses Artikels war, so wenig klar kam sie zum Ausdruck. Unklar vor allem ist das Verhältnis der beiden ersten Absätze zu einander;

denn der zweite ist bereits im ersten enthalten und ausserdem widerspricht er dem im ersten aufgestellten Prinzipe der Firmenwahrheit, indem er die Fortführung von der Einwilligung des ausscheidenden Gesellschafters, also von einem innern Vorgange, abhängig macht, der mit dem formellen Firmenrecht als solchem eigentlich gar keinen Bezug hat. Bemerkenswert ist Absatz 1 noch dadurch, dass er es der Gesellschaft freistellt, welche Firma, die alte oder die neue, sie will als Zusatz behandeln.

Auch dieser beschränkte Triumph der Firmenwahrheit dauerte nicht lange; der neue Entwurf liess, wie schon früher erörtert, das ganze Prinzip wieder fallen und kehrte zum alten Standpunkt zurück, so dass nun beliebig Aus- und Eintritt ohne Aenderung der Firma stattfinden kann und lediglich beim Ausscheiden eines namengebenden Gesellschafters dessen Name nur mit seiner Einwilligung kann in der Firma beibehalten werden. Das Interesse des Gesellschafters, des Kaufmanns also, wird gewahrt, das des Publikums bei Seite gesetzt.

Nachdem wir bereits die Uebertragbarkeit der Firma abgelehnt haben, kann es wohl kaum einem Zweifel unterliegen, dass wir auch beim Aus- oder Eintritt von Gesellschaftern auf dem gleichen Standpunkte der Firmenwahrheit bleiben. Auch hier mischt sich zwar die sogenannte materielle Firmenwahrheit wieder ein mit der Behauptung, dass eine Firmenänderung da nicht nötig sei, wo durch die Aenderung des Personalbestandes die Gesellschaft als solche nicht verändert, das heisst, das Geschäft in gleich solider Weise fortgeführt werde. Wir haben diesen Standpunkt bereits bei der Uebertragbarkeit der Firmen (Seite 775 ff.) als unhaltbar abgewiesen und kommen natürlich hier zu dem gleichen Resultate; denn wer in aller Welt soll untersuchen oder gar beweisen können, dass das „Haus“ dasselbe bleibe, gleichgültig, ob die Personen wechseln. Bedenken wir doch nur auch ein wenig den Zeitpunkt, in welchem diese Untersuchung müsste vorgenommen werden, nämlich beim Ein- oder Austritte selbst, also beim Beginn der neuen Gesellschafts-

zusammensetzung. Da müssten wir schon einen Wahrsager zu Hilfe nehmen, um zu wissen, ob diese Veränderung der Personen einen Einfluss auf das Geschäft haben werde, und ob das Haus dasselbe bleibe oder nicht. Wo wir diese materielle Firmenwahrheit auch anfassen, überall zerrinnt sie uns unter den Händen. Ein schönes Schlagwort, sonst nichts.

Wollten wir eine wirkliche materielle Firmenwahrheit, so müssten wir, wie schon oben bemerkt, bei jeder Aenderung im Personalbestande auch die Firma ändern, selbst wenn der Name des Ausscheidenden oder Eintretenden für dieselbe gar nicht in Betracht fällt; denn das Haus wird gar nie und unter keinen Umständen dasselbe bleiben; freilich muss es nicht immer schlechter werden, es kann auch einmal das Umgekehrte eintreten. Das thut jedoch nichts zur Sache, das Besserwerden schadet auch der geänderten Firma nichts, vor dem Schlechterwerden aber würde das Publikum, wenn auch nicht gesichert, so doch gewarnt.

Wohin man mit dem Ausscheidenlassen von Gesellschaftern ohne Aenderung der Firma gelangen kann, zeigt folgendes geradezu absurdes Beispiel:

„Ein Unikum in der deutschen Geschäftswelt," schreibt die Handelszeitung, der wir den Fall entnehmen, „hat Königswinter aufzuweisen, nämlich eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, bestehend aus einem einzigen Mitglied! Es giebt also thatsächlich in Deutschland einen Menschen, der neben seiner physischen Person zugleich eine juristische darstellt, und zwei Persönlichkeiten in sich vereinigt. Er hat sich selbst das Vertrauen geschenkt, sich zum Geschäftsführer zu bestellen, und es ist zu erwarten, dass er dieses Vertrauen rechtfertigen und die von ihm selbst gegebenen Vorschriften streng befolgen wird, damit er nicht in die Lage kommt, sobald er sich als Generalversammlung konstituiert, sich aus seiner Stellung als Geschäftsführer abzuberufen. Die Beschlüsse in dieser Generalversammlung werden sicherlich einstimmig gefasst; denn es ist nicht zu befürchten, dass er sich von sich majorisieren lassen wird, und es ist ein feierlicher Moment, wenn der versammelte Gesellschafter sich den Dank für seine Geschäftsführung durch Erheben von seinem Platze aussprechen wird."

Ganz abgesehen von dieser Persiflage erhalten wir schon davon genug, dass eine Geschäftsfirma mit dem obligatorischen

Zusatz „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ sich thatsächlich in der Hand eines Einzelinhabers befinden kann; aber nicht bloss das formelle Monstrum wirkt lächerlich, sondern es birgt auch die schwere materielle Gefahr in sich, dass dieser eine Inhaber nur mit seiner Einlage, nicht wie der Inhaber einer Einzelfirma mit seinem ganzen Vermögen haftet, was bei der Kollektivfirma, die durch das Ausscheiden der übrigen Gesellschafter auf einen Einzelinhaber übergegangen ist, doch nicht zutrifft. Freilich giebt es eine neuere Strömung, die jede persönliche Haftbarkeit überhaupt abschaffen und nur eine solche mit bestimmten Einlagen annehmen möchte; dann kommen wir auch noch dazu, dass das oben citierte Kuriosum als etwas ganz Natürliches empfunden wird.

In Anlehnung an den zwangsweisen Uebergang der Forderungen und Schulden bei den abgeleiteten Firmen bestimmt der deutsche Entwurf dasselbe für den Fall, dass aus einer Einzelfirma durch den Beitritt eines zweiten Teilhabers eine Gesellschaft wird. Der bezügliche § 26 lautet:

„Tritt jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein, so haftet die Gesellschaft, auch wenn sie die frühere Firma nicht fortführt, für alle im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des frühern Geschäftsinhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf die Gesellschaft übergegangen.“

„Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn in handelsüblicher Weise bekannt gemacht ist, dass die Forderungen oder Schulden von der Gesellschaft nicht übernommen seien.“

Es ist dies selbstverständlich etwas Anderes, als die Vorschrift unserer Artikel 565 und 606 O. R., welche den Eintritt in eine bestehende Gesellschaft mit der Haftung für die bereits bestehenden Gesellschaftsverbindlichkeiten verknüpfen. Auch im deutschen Entwurfe ist die Vorschrift singulär, da sie keineswegs an die Uebernahme der Firma gebunden ist, die Motivierung der Denkschrift erscheint darum auch etwas schwach und gipfelt in dem zweifelhaften Satze, dass die Uebernahme von Aktiven und Passiven durch die neue Gesellschaft thatsächlich sehr oft stattfinde und das Publikum

sie deshalb vermute. Das sind doch nichts weiter, als Suppositionen, die einen derartigen zwangsweisen Eingriff in die allgemeine Rechtsordnung nicht rechtfertigen. Man war sich augenscheinlich zu sehr bewusst, bei den abgeleiteten Firmen ein gutes Korrektiv gefunden zu haben, und überschritt nun in der Freude über den Fund das passende Geltungsgebiet. Unglücklicher Weise erlaubte man auch hier wieder der Privatwillkür, die gesetzliche Vorschrift wegzubedingen, und begnügte sich hiebei ebenfalls mit „einer handelsüblichen Bekanntmachung," also eventuell Privatcirkularen, so dass den Irrtümern, die man vermeiden wollte, nun erst recht der Weg offen steht. Ob zu einer solchen Wegbedingung alle Gesellschafter zustimmen müssen, oder ob sie einseitig von einem allein könne vorgenommen werden, sagt der Paragraph nicht. In Analogie des Vorgehens bei der Firmenübertragung (§ 23 des Entwurfes) müssen wir letzteres annehmen, wodurch die Lage noch um ein Erkleckliches verschlimmert wird. (Vgl. hievor Seite 766 ff.)

Für uns liegt keinerlei Grund vor, das deutsche Beispiel nachzuahmen, umsoweniger als die Uebernahme von Aktiven und Passiven bei der Umwandlung einer Einzelfirma in eine Gesellschaft, wie die Handelsregisterpublikationen lehren, durchaus nicht als Regel kann angesehen werden.

Das Obligationenrecht kennt überhaupt das schon in Artikel 24 des D. H. G. B. erwähnte und auch in § 22 des Entwurfes mit etwas veränderter Wortstellung[1]) aufgenommene Eintreten eines Gesellschafters in ein Handelsgeschäft d. h. in das bisher von einer Einzelfirma betriebene Geschäft nicht; für uns zerlegt sich dieser Vorgang in zwei Akte, in die Löschung der Einzelfirma und in die Neuerrichtung einer Gesellschaft, eventuell unter Uebernahme von Aktiven und Passiven. Firmenrechtlich ist das vollkommen in Ordnung, da ja die Einzelfirma nicht darf beibehalten, sondern unter

[1]) § 22. „Wird jemand in ein bestehendes Handelsgeschäft als Gesellschafter aufgenommen, oder tritt ein neuer Gesellschafter in eine Handelsgesellschaft ein . . . . so kann ungeachtet dieser Veränderung die bisherige Firma fortgeführt werden."

allen Umständen muss gelöscht werden. Dagegen mag es auffallen, dass auch materiell dieser Uebergang des Geschäftes nirgends im Gesetze erwähnt erscheint, während das Umgekehrte, die Umwandlung einer Gesellschaft in eine Einzelfirma, in O. 577 behandelt wird. Man darf dies wohl eher als Vorteil ansehen, denn als Nachteil.

Einen Mittelweg schlagen auch hier Spanien und Portugal (vgl. Seite 578) ein, indem sie beim Ausscheiden eines Gesellschafters die unveränderte Beibehaltung der Firma dann gestatten, wenn dies im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage vorgesehen war; jedoch nur beschränkt auf die Dauer dieses Vertrages selbst. Wie es sich beim Eintritte eines Gesellschafters verhalte, lässt sich aus dem vorliegenden Material nicht erkennen. (Vgl. Seite 775.)

Merkwürdiger Weise spricht unser Gesetz nur vom Austritt von Gesellschaftern und schweigt bezüglich des Firmenrechtes von den möglichen Folgen des Eintrittes neuer Gesellschafter, trotzdem es die Haftung in O. 565 und 606 regelt. Ist das ein Vergess oder dachte man, dass O. 869—871 genügen? Die Erfahrung beweist, dass letzteres nicht der Fall ist.

Bei einer Revision wäre auf diesen Mangel Bedacht zu nehmen und O. 872 in entsprechender Weise zu ergänzen; bezüglich der Wirkung des Ausscheidens aber empfiehlt es sich, beim bisherigen Prinzipe der Firmenwahrheit zu bleiben, ist dieselbe doch ohnedies schon durch die Elastizität des Gesellschaftszusatzes „& Cie.“ beschränkt genug.

Der Schutz der Firma.

Für den Schutz der Firma kommen drei Artikel in Betracht, nämlich O. 868. 873 und 876.

Ueber das Verhältnis von O. 873 zu O. 868 haben wir bereits gesprochen (vergl. S. 684 ff.). Die Frage, ob durch O. 873 die Firma der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft über den Ort der Niederlassung hinaus auf dem ganzen schweizerischen Gebiete soll geschützt werden, so dass in der

Schweiz nicht zwei gleichlautende Aktien- oder Genossenschaftsfirmen vorkommen dürften, ist theoretisch noch eine offene. Während sie von mancher Seite nach dieser grösseren Ausdehnung hin ausgelegt worden ist und auch in Deutschland so aufgefasst wird (vergl. hievor S. 686), so hat sie die Praxis doch nie in dieser Weise durchgeführt, noch der Bundesrat die nötigen Massnahmen getroffen, um eine derartige Handhabung zu ermöglichen. Es muss also entweder O. 873 durch O. 868 ergänzt oder eine Einrichtung vorgesehen werden, die den Registerführern eine genaue Uebersicht über sämtliche gemäss O. 873 gebildete Firmen verschafft. Als besser und praktischer dürfte sich aber ersteres bewähren, so dass die Aktien- und Genossenschaftsfirmen ebenfalls auf den Ort ihrer Niederlassung beschränkt bleiben.

Man hat gegen O. 868 eingewendet, dass er mit seiner engen Begrenzung auf den Ort allzu strenge wirke, indem die Konflikte zwischen gleichlautenden Firmen zu häufig und die Unterscheidungsmerkmale dann nicht bedeutend genug würden.[1]) Da nun eine grössere räumliche Ausdehnung aus den gleichen Gründen, wie bei O. 873, nicht leicht durchführbar wäre, überdies aus der Handelswelt ein derartiges Verlangen noch kaum gestellt worden ist, so wurde der Vorschlag gemacht, die gleichlautenden Firmen nur innerhalb derselben Geschäftsbranche zu untersagen, indem die Konkurrenz und die Möglichkeit von Verwechslungen und Täuschungen nur unter gleichartigen Geschäften vorkomme. Der Verwirklichung dieses Vorschlages stehen technisch keine nennenswerten Schwierigkeiten entgegen; denn der Registerführer kennt ja bei jeder Firma die Natur des Geschäftes und vermöchte daher wohl, die Prüfung auch nach dieser Richtung vorzunehmen. Trotzdem erscheint derselbe nicht zweckentsprechend, denn selbst unter ungleichartigen Geschäften kommen auch jetzt schon, da doch die Firmen höchstens ähnlich, aber nicht gleich lauten, häufig genug Verwechs-

[1]) Bezüglich des Begriffes der deutlichen Unterscheidung vgl. das Urteil des Bundesgerichtes i. S. H. Hediger & Söhne gegen Hediger & Cie. Entscheidungen 1891, XVII, Seite 650, vgl. hievor Seite 718.

lungen der Briefe vor, die man nur dann vielleicht vermeiden könnte, wenn man geradezu die Art des Geschäftes als integrierenden Bestandteil der Firma vorschriebe, was jedoch kaum jemanden einfallen wird. Ohne diese vexatorische Vorschrift aber würden die Verwechslungen erst recht zahlreich, wenn man das Verbot gleicher Firmen auf die gleichartigen Geschäfte beschränkte. Eine Ausdehnung des Schutzes über den Ort hinaus empfiehlt sich auch deshalb nicht, weil die grosse Mehrzahl der betroffenen Geschäfte nur lokalen Charakter haben, es ihnen also ziemlich gleichgiltig ist, ob sich an einem anderen Orte eine gleiche Firma befindet oder nicht, thatsächlich sind denn auch in dieser Hinsicht noch keine erheblichen Klagen bekannt geworden. Auch bei der Begrenzung auf den gleichen Ort sind Konflikte verhältnismässig selten, zudem kann das Gesetz dafür nicht verantwortlich gemacht werden, dass zwei Personen den gleichen Namen führen; Ausnahmen soll man aber nur da statuieren, wo dieselben wirklich einem dringenden Bedürfnisse entsprechen, und das trifft hier keinenfalls zu.

Wünschbar wäre eine Ausdehnung von O. 868 dahin, dass eine neue gleichlautende Firma sich nicht aufthun dürfte, so lange dieselbe sich noch als Nachfolgezusatz bei einer anderen Firma befindet, da hier das Uebel eigentlich noch schlimmer wird, als bei zwei gleichen neben einander existierenden Firmen. Dasselbe muss gelten, so lange eine Firma noch im Liquidationsstadium weiter dauert. Es handelt sich hiebei aber mehr um die Auslegung des Artikels und dessen praktische Handhabung, als um den Wortlaut desselben; eine Aenderung ist dessentwegen nicht nötig. Zu Gunsten der materiellen Firmenwahrheit wurde überdies noch beantragt, eine gleichlautende neue Firma erst nach Ablauf einer bestimmten Frist nach Erlöschen der alten zu gestatten, da sonst die neue noch vom Rufe der alten zehre und somit das Publikum könne getäuscht werden. Gegenüber dem natürlichen Rechte, das jemand denn doch auf Führung seines Namens besitzt, dürfte dieses Verbot als zu weitgehend betrachtet werden (vgl. hievor Seite 778).

Ein anderer Einwand gegen O. 868 scheint dagegen sehr zutreffend und zwar gegen den Wortlaut des Eingangs, der in seiner Wirkung durchaus unklar ist. Der Artikel sagt, dass eine im Handelsregister eingetragene Firma an demselben Orte von keinem anderen als Firma benutzt werden dürfe. Soll das auf den Gebrauch ausserhalb des Handelsregisters sich beziehen und einen Gegensatz zwischen eingetragenen und nicht eingetragenen Firmen einschliessen? Wörtlich genommen müsste man das glauben. Dann läge aber eine unerklärliche Tautologie mit O. 876 vor, der Artikel gehörte somit nicht in das eigentliche Firmenrecht und in diesem wiederum würde eine Bestimmung fehlen. Art. 20 des deutschen Handelsgesetzbuches, dem O. 868 nachgebildet wurde, ist unvergleichlich viel klarer und hätte daher füglich dürfen unabgeändert übernommen werden. O. 868 kann sich seiner Idee, Fassung und Stellung nach nur an den Registerführer wenden und enthält lediglich eine firmenrechtliche Formvorschrift, bezieht sich aber keineswegs auf Konkurrenzfragen, wie dies auch das Bundesgericht des Unumwundensten mehrfach ausgesprochen hat. Der Ausdruck „benutzt," der sich aber vernünftigerweise nur auf den Verkehr beziehen kann und dem Worte „Gebrauch" des Art. 876 durchaus gleichsteht, ist daher denkbar unglücklich gewählt und sollte bei einer Revision unbedingt abgeändert werden. Zwischen O. 868 und 876 gehört eine reinliche und klare Scheidung, ersterer giebt eine Formvorschrift für den Registerführer und die einzutragenden Firmen, letzterer bezieht sich auf den Verkehr und regelt eine Frage der unerlaubten Konkurrenz.

Schliesslich sei nochmals erwähnt (vgl. oben S. 684), dass O. 868 durchaus am unrichtigen Platze steht. Seiner Stellung und, leider müssen wir es gestehen, auch seinem Wortlaute nach, bezieht er sich lediglich auf die Einzelfirma, was offenbar total falsch ist und auch nicht beabsichtigt war. Wieso man dem so unzweifelhaft viel bessern deutschen Vorbilde gegenüber zu diesen Missgriffen kommen konnte, ist schwer zu fassen. Man wollte vielleicht stilistisch besser arbeiten und hat deswegen die zwei deutschen Absätze in einen Satz

verschmolzen, wobei es nun geschah, dass der Schluss zum Anfang nicht mehr passt.

Eine Revision braucht desswegen nicht stattzufinden, denn die Interpretation hat den Fehler ohne Zögern von sich aus korrigiert; geht man aber gelegentlich doch an eine solche, so muss sie sich auch dieses Mangels annehmen.

Es bleibt noch O. 876. — Dieser stellt in seinem Abs. 1 einen recht gut und peremtorisch klingenden Satz auf, zu dem man einen ebenso kräftigen Nachsatz erwartet, dem aber, ähnlich wie bei O. 868, ein schwächlich geratenes, ein seitiges Ding folgt, als ob dem Gesetzgeber der Atem ausgegangen wäre. Wollte man nichts anderes erreichen, als was der Abs. 2 bringt, so hätte man sich den ganzen Artikel sparen können; denn Abs. 2 ergiebt sich von selbst und brauchte kaum im Gesetze zu stehen. Was man mit Recht auf den absolut redenden ersten Absatz erwartet, wäre eine Strafbestimmung, die wir in unserm Firmenrecht schmerzlich vermissen. Prozedieren kann man immer noch auf Grund des Abs. 2 und des Art. 50, das geht aber zu lange und bringt denjenigen, der Prozesse nicht liebt, gegenüber dem Keckern in Nachteil; wenn darum das Gesetz ein kategorisches Verbot aufstellt, so soll es von sich aus dafür sorgen, dass dasselbe gehalten wird, und dies nicht dem Geschädigten überweisen. Auch hierin hätte das deutsche Handelsgesetzbuch dürfen nachgeahmt werden; noch empfehlenswerter wäre aber eine Fassung ähnlich derjenigen des deutschen Entwurfes, welcher in § 33 festsetzt:

> „Wer sich einer nach den Vorschriften dieses Titels ihm nicht zustehenden Firma bedient, ist vom Registergerichte zur Unterlassung des Gebrauchs der Firma durch Ordnungsstrafen anzuhalten. — Wer in seinen Rechten dadurch verletzt wird, dass sich ein Anderer einer Firma unbefugt bedient, kann von diesem die Unterlassung des Gebrauchs der Firma verlangen. Ein nach sonstigen Vorschriften begründeter Anspruch auf Schadenersatz bleibt unberührt. (Vgl. Seite 582/3.)

Durch Eleganz des Stils zeichnet sich dieser Paragraph zwar nicht gerade aus, dafür hält er aber die verschiedenen

Rechtsmittel und deren Grundlagen sauber auseinander und vor allem bestimmt er die uns leider mangelnde Strafe für die Gesetzesverletzung. Solange wir diese nicht besitzen, bleibt die Firma nur höchst unvollkommen geschützt.

Ein richtig geschlossenes abgerundetes Firmenrecht bekommen wir nur, wenn wir unter entsprechender Abänderung von O. 865 und 876 folgende Sätze aufstellen und durchführen:

1. Als Firma wird gesetzlich nur die eingetragene Firma anerkannt und geschützt, ohne Eintrag giebt es keine Firma im gesetzlichen Sinne.

2. Wer einen von seinem persönlichen Namen abweichenden Geschäftsnamen führen will, hat denselben in das Handelsregister als Firma eintragen zu lassen; wer die Eintragung unterlässt, unterliegt einer Ordnungsbusse und haftet für allen Schaden. Die Kantone sind überdies befugt, diesbezügliche Strafbestimmungen aufzustellen.

Darin liegt das Verbot des Missbrauchs einer eingetragenen Firma schon inbegriffen, so dass wir dasselbe in O. 876 nicht einmal zu wiederholen brauchten, doch kann es auch dort nichts schaden.

Zu erwägen bleibt noch, ob nicht auch bezüglich der mit den Firmen verbundenen Geschäftsbezeichnungen firmenrechtlich eine Schutzvorrichtung sollte eingeführt werden, damit man die fatale concurrence déloyale nicht so viel in Anwendung bringen müsste, sondern sie mehr nur als Ergänzung gebrauchen könnte. Es liesse sich das wohl unschwer thun und die Wirkung wäre zweifelsohne eine gute.

Schluss.

Aus den obigen Auseinandersetzungen ergeben sich nachstehende Schlussfolgerungen:

Es liegen keine Gründe für eine prinzipielle Abänderung des schweizerischen Firmenrechtes vor, wie denn auch aus den interessierten Kreisen noch keinerlei

öffentlich bekannt gewordenes Verlangen nach einer Revision ist gestellt worden. Das Prinzip der Firmenwahrheit ist sowohl für den ersten Eintrag, als für nachherige Veränderungen beizubehalten und die Uebertragbarkeit der Firmen in bisheriger Weise auszuschliessen. Die Bildung der Firmen bedarf keiner grundsätzlichen Abänderung. Wo das Gesetz Lücken, Mängel oder Unklarheiten zeigt, ist auf dem Verordnungswege nachzuhelfen, bis später vielleicht einmal das gesamte Obligationenrecht einer allgemeinen Revision unterzogen wird.

Im einzelnen wären folgende Punkte zu revidieren oder doch in Erwägung zu ziehen:[1])

O. 865 Abs. 1 ist zu weit gefasst und sollte daher beschränkt oder ganz weggelassen werden. (Vergl. Seite 599/600.)

Eine Definition der Firma ist wünschenswert (Seite 580, 600 ff.), aber nicht notwendig, dagegen sollte die Existenz der Firma vom Eintrage abhängig gemacht und ohne diesen eine Firma, als solche, rechtlich nicht anerkannt werden. (Seite 602/04, 802.)

Jede Gesellschaftsfirma muss eingetragen werden, auch wenn das Geschäft an sich nicht eintragspflichtig ist, andernfalls schliesst sie einen Namensmissbrauch in sich. (Seite 604/10.)

Offizialeintragungen von Gesellschaften können nur auf Grund eines gerichtlichen Urteils stattfinden. Abänderung von O. 864 Abs. 2 resp. von Art. 2 des Ergänzungsgesetzes vom 11. Dezember 1888. (Seite 610/11.)

Der Eintrag der Natur des Geschäftes und des Geschäftslokales beruhen lediglich auf der Verordnung, erstere wenigstens sollte in das Gesetz aufgenommen werden. (Seite 611/16.)

Dasselbe gilt von der Zweigniederlassung einer ausländischen Firma, die Bedingungen ihrer Existenz sowohl, als die Bildung ihrer Firma ist in das Gesetz aufzunehmen. (Seite 582, 616/18.)

---

[1]) Um die Prüfung zu erleichtern, führen wir sie in der durch die Abhandlung selbst gegebenen Reihenfolge an und verweisen jeweilen auf die Seiten, wo sich die bezügliche Erörterung findet.

Für den Eintrag von Frauenfirmen ist O. 35 ungenügend. Eine stillschweigende Einwilligung des Ehemannes darf es für den Registerführer nicht geben. Was hat bei Verweigerung oder Widerruf derselben zu geschehen? (Seite 637 ff.)

Kann jemand (Einzelinhaber oder Gesellschaft) auch bei unserm System, das keine Uebertragung von Firmen zulässt, zwei verschiedene Firmen führen? Eigentlich ebensowenig, wie ein Privatmann sich zweier verschiedener Privatnamen bedienen darf, und doch liegen geschäftliche Gründe unter Umständen vor bei total verschiedenen Geschäften und eventuell bei verschiedenem Orte. (Seiten 661/2, und 751.)

O. 871. Schlusssatz: „Auch darf eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft sich nicht als Aktiengesellschaft bezeichnen u. s. w.“ ist als veraltet und unbrauchbar wegzulassen. (Seite 581, 673/4.)

Der Vorschlag, ob die Kommanditgesellschaft zum Unterschied von der Kollektivgesellschaft nicht sollte durch einen speziellen, nur auf sie beziehbaren Gesellschaftszusatz „& Kom.“ „& Kap.“ gekennzeichnet werden, ist zu prüfen. (Seite 667/8, 674.) Der Antrag, die Kommandite für die Firma als irrelevant zu betrachten, ist zu verwerfen. (Seite 669/71.)

Die Firma der Kommanditaktiengesellschaft gehört im Gesetze regliert, sei es bei der Kommanditgesellschaft O. 870, sei es bei der Aktiengesellschaft O. 873. (Seite 674/78.)

Bezüglich der Aktiengesellschaft sind drei Punkte zu erwähnen. Wie verhält es sich mit dem räumlichen Schutz der Firma, gilt derselbe für die ganze Schweiz oder nur für den Niederlassungsort, geht O. 873 weiter als O. 868 oder nicht? In ersterm Falle muss der Bundesrat dafür sorgen, dass alle Handelsregisterführer in den Besitz eines genau nachgeführten Verzeichnisses sämtlicher anonymen Firmen der Schweiz gelangen. (Seite 684/86.)

Der Ausdruck „bestimmte lebende Person“ des Art. 873 hat zu so vielen Differenzen Anlass gegeben, dass es besser wäre, kurzweg alle Personennamen zu verbieten. (Seiten

689 ff.) Die widersprechenden Firmen sind binnen angemessener Frist zu beseitigen.

Firmen, welche die Täuschung wachrufen, als ob die Schweiz oder einzelne Kantone in denselben beteiligt oder haftbar seien, sollten verboten resp. nur zugelassen werden, wenn eine solche Beteiligung oder Haftbarkeit wirklich vorliegt. (Eidgenössische Bank und ähnliche.) (Seite 705.)

Bei der Genossenschaft sollte die Bezeichnung als solche (charakterisierender Zusatz) zur Unterscheidung von der Aktiengesellschaft in die Firma aufgenommen werden, eventuell auch ein die Haftpflicht betreffender Zusatz (Seite 712.)

Die Firma des Vereins gehört in O. 873 ebenfalls erwähnt, sofern man nicht vorzieht, einen diesbezüglichen besondern Artikel einzuschieben. (Seite 712/13.)

O. 867, Abs. 2, ist so zu fassen, dass darin alle Zusätze können eingereiht werden, nicht etwa nur solche, die der Natur des Geschäftes entnommen sind (Seite 720/1). Eine dem § 17 des deutschen Entwurfes entsprechende Beifügung, wonach Zusätze keine Täuschungen dürfen hervorrufen, wäre wünschenswert (Seite 728/29). Beides lässt sich einstweilen auch auf dem Verordnungswege erledigen.

O. 867, Abs. 2 und O. 868 sind so einzustellen und zu redigieren, dass sie unzweifelhaft auf alle persönlichen Firmen sich beziehen und nicht den Schein wecken, als ob sie nur für die Einzelfirma gelten würden (Seite 747, 800/01). In O. 868 ist der Ausdruck „benutzt" durch einen weniger zweideutigen zu ersetzen. (Seite 800.)

Für die Reglierung der Geschäftsbezeichnungen (enseignes) sollte entweder im Obligationenrechte oder in einem Spezialgesetze gesorgt werden, da die bisherige Rechtsprechung nicht genügt. Die Konflikte werden immer zahlreicher, und nimmt man erst, wie dies die Konsequenz der bundesgerichtlichen Entscheide eigentlich von selbst mit sich bringt, auch die Phantasiebezeichnungen anderer Geschäfte, als der Wirtschaften, hinzu, so reichen die bisherigen Grundsätze nicht aus. Den Widerstreit zwischen Handelsregistereintrag und Priorität des Gebrauches begreift das Publikum nicht,

da allgemein angenommen wird, der Eintrag gewähre einen staatlichen Schutz. Das Recht auf eine Enseigne muss daher ebenfalls durch einen Eintrag, sei es im Firmenbuche, sei es in einem dem Handelsregister beigegebenen Spezialverzeichnisse können gewahrt und damit in sicherer Weise der Streit über die Priorität entschieden werden. Zum Schutze der bereits im Gebrauch befindlichen Geschäftsbezeichnungen würde deren Inhabern eine Frist analog O. 902 gewährt, und ebenso könnte während einer bestimmten Zeit der Eintrag angefochten werden, so dass er erst nach Ablauf dieser in volle Rechtskraft erwüchse (Seite 743/7).

Eine Uebertragung der Firma kann ausnahmsweise zwischen Ehegatten gestattet werden, um so mehr als sie thatsächlich längst existiert und sie der französiche Sprachgebrauch fast notwendig macht (Seiten 637 ff., 661, 773).

Jede andere Uebertragung ist unzulässig; die diesem Grundsatze widersprechenden Firmen sind binnen angemessener Frist wegzuschaffen.

Will man aber vom bisherigen Prinzipe abgehen, so gestatte man die alte Firma mit dem Zusatze „Nachfolger"; hiemit wird zwar die Firmenwahrheit über Bord geworfen, aber doch heine Unwahrheit sanktioniert und niemand direkt getäuscht (Seite 773/4).

O. 872 bespricht nur den Austritt von Gesellschaftern, der Eintritt solcher sollte ebenfalls im Gesetze bedacht werden.

Alle diese Mängel bedingen noch nicht absolut eine Revision des Gesetzes, da sie sich auf andern Wegen beseitigen lassen; aber selbst im Falle einer Revision ist an den bisherigen Grundsätzen festzuhalten. Eine Aenderung dieser würde nicht nur diejenigen schädigen, die sich s. Z. dem Gesetze unterworfen und ihre Firmen abgeändert haben, sondern auch im Auslande, wo man allgemein das schweizerische Firmenrecht als nachahmenswert, wenn auch nicht überall als erreichbar, betrachtet, grosses Aufsehen erregen.[1])

[1]) Eine Anzahl der eingegangenen Berichte sprechen das des Bestimmtesten aus:

Was wir zu revidieren haben, ist weniger das Gesetz, als die Praxis. Besonders auch in der Wahl der Registerführer resp. in der ganzen Einrichtung der Handelsregister sollte man etwas genauer zusehen und nicht aus Sparsamkeitsrücksichten das Handelsregister, dessen Wichtigkeit und Umfang immer mehr zunimmt, einer beliebigen Administrativbehörde, einer Amtschreiberei, einem Sekretariate oder irgend einem in der Schreibstube ergrauten Unterbeamten zuteilen.

Mailand: Die schweizerische Gesetzgebung ist vorzuziehen, die italienische giebt zu mancherlei Unregelmässigkeiten Anlass.

Venedig: Es ist nicht zu läugnen, dass der Mangel der Firmenwahrheit in Italien eine grosse Gefahr für den Kaufmann in sich birgt, da es nicht jedermann und nicht immer möglich ist, sich in jedem einzelnen Falle von der wirklichen Zusammensetzung einer Firma zu überzeugen. In Italien würde die Adoptierung des Grundsatzes der Firmenwahrheit gewiss von allen ehrlichen Kaufleuten mit ungeteilter Freude begrüsst, denn der daraus resultierende Schaden für den Einzelnen würde bei weitem aufgewogen durch den allgemeinen Nutzen, den die Neuerung der ganzen Entwicklung des Handels brächte, und durch die günstige Wirkung, welche sie auf die Redlichkeit desselben ausüben würde.

Frankreich: Die Gesandtschaft spricht sich auf Grund ihrer Erfahrungen in Frankreich gegen eine Aenderung des O. R. aus. — Ein hervorragender Jurist schreibt, er habe das schweizerische System der Firmenwahrheit stets nachahmenswert gefunden und sei erstaunt, dass man etwas daran ändern wolle.

Lyon: En résumé le code fédérale des obligations paraît à nos juris consultes avoir été très sagement établi et si le principe absolu de la vérité de la raison commerciale peut en effet gêner quelques banquiers ou commerçants il paraît au fond être très juste. Un changement quelconque ne pourrait donc porter que sur des points très spéciaux qu'il serait peut-être difficile d'indiquer d'une manière bien précise dans le code, visant plus aux généralités qu'aux détails.

Die drei Skandinavischen Länder haben das O. R. geradezu als Muster genommen und sich nur noch ausnahmsweise und in beschränktem Masse zu einer teilweisen Uebertragbarkeit der Firmen bekannt. Plusieurs des lois mentionnées sont mutatis mutantis la copie fidèle du Code fédéral des Obligations, œuvre très apprécié et avec raison du monde juridique scandinave.

In welchen Schwankungen sich Deutschland befindet, haben wir erörtert. Der Vorzug des schweizerischen Rechtes wird von den Juristen allgemein zugegeben und die Kaufleute sperren sich wesentlich nur aus Furcht vor der Konkurrenz gegen die Einführung der vollen Firmenwahrheit. Aehnliches zeigen auch die Verhandlungen in Holland.

So ehrlich und brav solche Registerführer auch sein mögen, so besitzen sie doch den viel geriebeneren und dezidiert auftretenden Kaufleuten oder deren Advokaten gegenüber weder juristische Kenntnisse, noch Autorität genug, um dem Gesetze Achtung zu verschaffen. Das Handelsregister gehört entweder wie in Deutschland an die Gerichte oder mindestens die Gerichtschreibereien, jedenfalls aber in die Hand eines tüchtigen Juristen.

Einteilung.

(Die Ziffern beziehen sich auf die Seitenzahlen).

Protokoll

der

35. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

abgehalten

den 13. und 14. September 1897 in Zermatt.

Verhandlungen vom 13. September 1897.

I.

Der Präsident, Herr Prof. ***Martin***, eröffnet die Sitzung mit folgender Ansprache:

Messieurs et chers collègues,

Il est d'usage que votre Président, dans son discours d'ouverture, traite, d'une manière succincte, une question qui est de nature à intéresser les membres de la Société.

Pour aujourd'hui, je voudrais, sans m'y arrêter longtemps, puisque nous sommes un peu pressés, attirer votre attention sur deux décisions rendues par le Tribunal fédéral, depuis notre dernière réunion, et qui concernent la profession d'avocat. Je veux parler des arrêts Curti du 3 décembre 1896, et Pfleghaar du 18 février 1897. Pour pouvoir les apprécier avec exactitude, il faut d'abord rappeler le texte de l'art. 5 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale:

„Les personnes qui exercent une profession libérale et qui, avant la promulgation de la loi fédérale prévue à l'art. 33, ont obtenu un certificat de capacité d'un Canton ou d'une autorité concordataire représentant plusieurs cantons, peuvent

exercer cette profession sur tout le territoire de la Confédération." [1])

Le point important est donc de déterminer ce qu'il faut entendre par certificat de capacité, acte de capacité (Ausweis der Befähigung).

La jurisprudence du Conseil fédéral, telle qu'elle est exposée dans l'ouvrage de Mr. de Salis, ne donne à cet égard que des éclaircissements assez imparfaits. Il en résulte, toutefois, que, dans l'opinion du Conseil fédéral, un avocat pratiquant dans un canton qui n'a exigé de lui aucun examen, ne peut pas revendiquer le droit d'exercer sa profession dans un canton qui, au contraire, subordonne l'autorisation d'ouvrir un bureau d'avocat, à la condition d'avoir subi avec succès des examens (15 juillet 1879, Salis IV 423).

Le Tribunal fédéral qui est actuellement compétent, en pareille matière, se réfère, dans l'arrêt Pfleghaar, à la jurisprudence du Conseil fédéral et a pris la décision suivante: Le titulaire d'un certificat de capacité délivré par un canton, doit avoir l'autorisation d'exercer la profession dans tous les autres.

Cependant, il paraît résulter de l'arrêt Curti que le Tribunal fédéral va plus loin que le Conseil fédéral dans le sens d'une interprétation excessivement large de l'art. 5 des dispositions transitoires. — Le canton d'Argovie faisait observer que, d'après sa loi, la patente d'avocat ne pouvant être obtenue qu'après un examen d'Etat, il ne saurait être question de considérer comme suffisante l'autorisation de pratiquer conférée par un autre canton sans qu'aucun examen n'eût été imposé au requérant. Néanmoins, le Tribunal fédéral a admis le recours, attendu que le but de l'art. 5 des dispositions transitoires est précisément d'assurer à celui qui est au bénéfice

---

[1]) En 1878, la Société suisse des Juristes, dans sa réunion de Genève, a voté la résolution suivante:

„La Société propose le maintien du provisoire fixé par l'art. 5 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale de 1874, en ce sens que dorénavant celui qui aura obtenu comme avocat un acte de capacité dans un canton pourra exercer sa profession dans toute l'étendue de la Suisse."

d'un certificat de capacité émanant d'un canton, le droit d'exercer librement sa profession dans toute la Confédération, donc même dans un canton qui ne délivrerait ce certificat qu'à d'autres conditions peut-être plus difficiles à réaliser. Tout ce que peut exiger le canton auquel la requête est adressée, est que le certificat produit et émanant des autorités d'un autre canton, ait été donné après une appréciation préalable des titres du candidat, et qu'il ne s'agisse pas d'une simple formalité.

Les conséquences qui découlent de cette décision sont importantes: Toutes les fois qu'un gouvernement cantonal donnera à un avocat un certificat constatant que, vu les titres produits par lui, ce dernier doit être reconnu apte à pratiquer sa profession, ce document suffira pour lui ouvrir la porte de tous les prétoires de la Suisse, sans qu'il ait justifié de sa capacité par un examen quelconque. A plus forte raison, dès que le candidat aura, dans un canton, passé avec succès les examens d'Etat, il pourra plaider devant tous les tribunaux suisses.

Cependant, une question reste indécise. Dans certains cantons, le diplôme conféré par une Université suisse est considéré comme suffisant pour procurer le droit de pratiquer. Le Tribunal fédéral considèrerait-il ce diplôme reconnu suffisant par un canton, comme un certificat de capacité? Ou déciderait-il, au contraire, que le diplôme de docteur ou de licencié en droit, étant conféré par l'Université, n'est pas un certificat de capacité du canton, c'est-à-dire du gouvernement du canton, et qu'il ne suffit pas que la loi cantonale accorde d'avance au diplôme l'équivalence du certificat de capacité?

Il est impossible de savoir quel serait sur cette question l'avis du Tribunal fédéral. Seulement il n'est pas inutile de faire observer qu'il y a des cantons dans lesquels il est possible d'obtenir le droit d'exercer la profession d'avocat, de deux manières, ou bien en produisant un diplôme de docteur ou de licencié en droit ou bien en subissant un examen d'Etat. Or, cet examen d'Etat est considérablement plus facile que l'examen que font subir les Universités et Académies suisses.

Donc, du moment que le Tribunal fédéral se contente de l'examen d'Etat, ou même d'un certificat de capacité, pour permettre au requérant de pratiquer dans toute la Suisse, il serait inadmissible qu'il ne se contentât pas, à plus forte raison, d'une preuve de capacité certainement plus complète, celle qui résulte des diplômes universitaires.

Nous ne disons pas qu'en principe le titre de licencié en droit ou de docteur en droit doive suffire, sans aucune autre condition d'expérience pratique, pour conférer le droit d'exercer la profession d'avocat; mais nous soutenons que la jurisprudence du Tribunal fédéral conduit nécessairement à ce résultat. Il serait injuste et inconséquent de refuser à un jeune homme qui a fait des études prolongées et sérieuses ce qu'on accorde au porteur d'un certificat de capacité, qui peut l'avoir obtenu sans avoir subi un examen quelconque sur les matières juridiques.

Mais alors, faut-il, pour résoudre ces difficultés, se mettre à l'élaboration de la loi fédérale prévue par l'art. 33 de la Constitution? C'est-à-dire d'une loi qui fixerait les conditions moyennant lesquelles ceux qui veulent exercer des professions libérales pourront obtenir des actes de capacité valables dans toute la Confédération?

Nous pensons que, dans l'état actuel de la législation civile et pénale, il serait bien difficile d'accomplir ce travail.

Pour le moment, il serait désirable que le Tribunal fédéral eût l'occasion d'interpréter le sens de l'expression de „certificat de capacité“ d'une façon plus précise et peut-être plus stricte.

Dans tous les cas, il existe un moyen qui est à la portée des avocats eux-mêmes pour concilier leurs justes intérêts professionnels avec l'intérêt général, c'est celui qui consiste à s'imposer à eux-mêmes une sévère discipline, par le moyen d'une organisation à la fois autonome et serrée.

C'est ce qu'on paraît avoir compris maintenant dans divers pays. Sans insister sur le fait de la fondation d'un ordre des avocats à Genève qui a déjà rendu, en très peu de temps, de véritables services, nous rappellerons qu'il y a quelques

semaines, un premier congrès international des avocats a tenu ses séances à Bruxelles et qu'à ce propos, la fédération des avocats belges a publié, sous forme de réponses à un questionnaire, des renseignements précieux sur le barreau des divers pays.

Il faut applaudir à ce mouvement qui se dessine et dont le résultat doit être, non-pas de faire des avocats une sorte de caste privilégiée, mais un ordre soumis à des règles professionnelles et morales strictes.

La profession d'avocat a un caractère tout spécial qui fait qu'on ne peut pas la comparer d'une manière absolue aux autres; elle est nécessaire à la bonne administration de la justice : Lorsqu'une cause a été bien instruite et bien plaidée, la tâche du juge est considérablement facilitée. De bons avocats sont les auxiliaires du magistrat dans la recherche de la solution conforme au droit.

L'intérêt public exige donc que les avocats soient dignes de leur ministère, c'est-à-dire qu'ils soient non seulement instruits et expérimentés, mais consciencieux, désintéressés et absolument intègres; à défaut de quoi la pratique du barreau risque de devenir un métier dangereux et justement méprisé.

Messieurs! si maintenant je me demande quels sont les événements concernant notre Société qui se sont passés depuis une année, je trouve à mentionner un fait réjouissant, la publication des *Rechtsquellen von Höngg*, grâce aux recherches de notre collègue le Dr. Ulrich Stutz, professeur à Fribourg en Brisgau. En revanche, c'est avec tristesse que nous faisons le compte de nos pertes.

Filippo Serafini était né à Preore dans le Trentin, le 10 avril 1831. Il fit ses études de droit en Italie, puis les termina en Allemagne, où il suivit les leçons des romanistes les plus renommés, en particulier celles de Vangerow. Sa carrière de professeur commença déjà en 1857, à Pavie, et en 1868, il fut appelé à Bologne, en 1871 à Rome, et depuis 1873, il enseignait à l'Université de Pise. Son influence a été

considérable, grâce aux dons brillants qu'il avait reçus de la nature. Il a contribué, dans une grande mesure, à faire connaître en Italie la littérature juridique allemande, par ses publications de l'Archivio giuridico ainsi que par ses „Elementi di diritto romano.“ Son travail intitulé „Telegrafo in relazione alla giurisprudenza“ est aussi cité, comme ayant ouvert une voie nouvelle, où d'autres l'ont suivi.

Serafini était devenu membre honoraire de notre Société à la suite de son utile collaboration au projet de Code des Obligations. C'est à lui, en grande partie, que nous devons le texte italien de ce monument législatif. Il est mort dans le courant de cette année.

Dans le canton de Zurich, nous avons à mentionner trois décès regrettables.

Henri Pfenninger, né en 1846 à Zurich, avait de bonne heure renoncé au commerce pour se livrer aux études de droit. En 1876, il était à Berlin. L'année suivante il était habilité dans l'université de Zurich, comme privatdocent, après avoir présenté une dissertation sur la notion de la peine, d'après les théories de Hugo Grotius. Il fit paraître en 1890 un ouvrage intitulé: „Das Strafrecht der Schweiz,“ qui lui valut le titre de docteur en droit, ainsi que la réputation d'un écrivain distingué. Le canton d'Uri lui a demandé, en 1894, un projet de Code pénal accompagné de motifs, et Pfenninger s'est acquitté de cette tâche d'une manière remarquable. C'était un criminaliste de l'école dite classique opposé aux nouvelles théories de droit criminel. Il est mort subitement en novembre 1896.

Robert Notz, né en 1846, commença sa carrière par le notariat; il fonctionna ensuite en qualité de commissaire aux expropriations du Nord-Est et consacra les dernières années de sa vie trop courte à la pratique du barreau.

Le Dr. *Henri Meyer-Finsler* est né à Zurich en 1817. Il a occupé une position élevée dans la magistrature, d'abord au Tribunal de district comme juge, puis comme président, ensuite comme membre du Tribunal d'appel pendant 20 ans, et enfin comme président du Tribunal de cassation de 1874

à 1896. En 1885 la faculté de droit de Zurich lui a conféré le titre de Docteur honoris causa „für sein vieljähriges, unermüdliches, einsichtsvolles und gewissenhaftes Wirken in verschiedenen Instanzen der zürcherischen Gerichte, insbesondere in der Stellung als Präsident des Kassationsgerichts."

Christian Sahli, né à Wohlen en 1825, est décédé à Berne le 27 mars dernier. Il commença sa carrière qui devait être brillante, en 1852, en occupant la place de procureur de district, mais déjà en 1856, il était appelé à faire partie du gouvernement bernois; pendant 5 ans il dirigea le département des chemins de fer. Durant son passage au Conseil d'Etat, il fut l'initiateur de plusieurs lois importantes. En 1861, il donna sa démission et se consacra à la pratique du barreau, dans laquelle il acquit une réputation aussi grande que méritée. Un plaidoyer prononcé en dialecte bernois par Christian Sahli était, dit le Bund, un chef d'œuvre dans son genre. — Il a fait partie du Grand Conseil bernois presque jusqu'à sa mort, et pendant une certaine période il a été appelé à la présidence de ce corps. Sahli a siégé aussi, pendant près de 30 ans, dans les Chambres fédérales, surtout au Conseil des Etats. Ses connaissances juridiques le désignaient tout naturellement pour faire partie de la commission chargée de préparer le projet du Code des Obligations. Son caractère aimable et gai, son commerce agréable lui avaient valu de nombreuses et fidèles amitiés.

Cyprien Grivet était l'un de nos membres les plus assidus à nos réunions annuelles. L'an dernier il était au Righi-Kulm, et paraissait encore plein de santé. Aussi c'est avec surprise et avec regrets que nous avons appris sa mort. Il avait été membre du comité de la Société. En 1890, il a publié un travail sur le contrat de bail d'après le Code fédéral des Obligations.

Le 10 janvier est mort à Zurich, où il était en traitement, *André Bezzola*. Né à Zernetz (Grisons) en 1840, il était entré jeune dans le Grand Conseil de son canton; il fit partie, pendant deux ans, du Conseil d'Etat. En 1880, il fut nommé député aux Etats; l'année suivante, il passa au Conseil National

qu'il présida en 1885. C'était un jurisconsulte de mérite. Après avoir fait partie du Tribunal cantonal des Grisons, il fut nommé juge au Tribunal fédéral. Malheureusement, une mort prématurée l'a enlevé à sa famille et au pays, trois ans seulement après son élection à ces hautes fonctions.

Un grand nombre d'entre nous ont eu l'occasion de voir, dans nos réunions, *Eugène Gaulis* et d'apprécier son caractère franc, loyal et affectueux. Sa carrière a été utilement remplie. Après avoir fait ses études à Lausanne, puis à Heidelberg et à Paris, il était entré en qualité d'associé dans le bureau de l'avocat Jules Koch, où il a travaillé, pendant plusieurs années, avec une grande activité et un légitime succès. En 1872, il fut appelé à faire partie de la Municipalité de Lausanne, dans le sein de laquelle il était chargé de la gestion des domaines et des finances. Ses goûts laborieux, son jugement sain et sa parfaite droiture firent de lui un administrateur modèle. A la même époque, il fut membre du Grand Conseil et professeur extraordinaire de droit pénal.

Dans les dernières années de sa vie, il était encore membre du Conseil communal et jusqu'à sa mort il consacrait une bonne partie de son temps aux œuvres de bienfaisance et d'utilité publique. Le Répertoire général de Droit français renferme un certain nombre d'articles sortis de sa plume, et il a fait des travaux de valeur pour la société de législation comparée dont il était membre.

Il est mort entouré du respect et de l'estime de tous ses concitoyens.

Le canton du Valais a perdu *Oscar Meizoz*. Il était né à Riddes en 1857. Après avoir fait ses études à St-Maurice et à Sion, il fut créé notaire en 1881, puis fut nommé juge-instructeur pour le district de Martigny. Il occupait ces fonctions, quand une maladie cruelle et dont il ne se releva pas, vint le frapper. C'était un homme au caractère ouvert, franc et généreux, un magistrat instruit et respecté.

L'année dernière, notre excellent confrère *Victor Célestin Martin* était avec nous au Righi et aujourd'hui c'est avec une douloureuse émotion que je prononce son nom. Il était né dans

le canton de Genève en 1837, mais il appartenait par son origine au canton de Vaud, et il tenait beaucoup à sa bourgeoisie d'une commune du district d'Echallens. Son rôle politique a été important; il a siégé dans le Grand Conseil pendant un grand nombre d'années et, dans des circonstances parfois difficiles, il a fait preuve de beaucoup de bon sens et de modération. Mais c'est surtout le souvenir de l'avocat que nous voulons rappeler ici. Célestin Martin était richement doué; sa belle intelligence était associée à un rare talent oratoire. Mais comme sa modestie ne le portait pas à le mettre en avant, on peut dire que cet homme distingué n'a peut-être pas donné toute sa mesure. Cependant, il était universellement apprécié, et lorsque l'ordre des avocats de Genève a été reconstitué, il y a deux ans environ, le suffrage de ses confrères l'a désigné pour présider le Conseil. Cette preuve d'estime et d'affection l'avait beaucoup touché. Un jour, pendant l'audience, il se trouva mal et il dit à un avocat qui l'accompagnait : Décidément, je mourrai bâtonnier. Deux jours après, nous apprenions sa fin.

Mes chers collègues, nous venons de donner une pensée à ceux qui nous ont quittés. Maintenant, c'est le cas de nous appliquer cette parole: „Travaillons pendant qu'il fait encore jour."

Je déclare ouverte la 35ème réunion annuelle de la Société suisse des Juristes.

II.

Für die Protokollführung werden als Sekretäre bezeichnet: Dr. *O. Busch*, Winterthur, Dr. *Lansel*, Lausanne.

III.

Das Präsidium legt der Versammlung das Verzeichnis der vom Vorstande im Laufe des Jahres vorgenommenen Aufnahmen neuer Mitglieder vor. Es sind dies:

1. *Burckhardt, Walther*, Dr., Privatdozent, Bern.
2. *Steinbrüchel, H.*, bacc. jur., Zürich.
3. *v. Hettlingen, Anton*, Kantonsgerichtspräsident, Schwyz.
4. *Hilty, Edgar*, Dr. Advokat, Chur.

Diese Aufnahmen werden stillschweigend genehmigt.

Ebenso wird dem Aufnahmsgesuche der nachfolgenden Kandidaten von der Versammlung einstimmig entsprochen.

Kanton Zürich.

1. *Busch, Oskar*, Dr., Winterthur.
2. *Gysler, Emil*, Dr., Sekretär der Justiz- und Polizeidirektion, Zürich.
3. *Meyer, Eugen*, Dr., Bezirksrichter, Zürich V.

Kanton Zug.

4. *Stadlin-Graf, H.*, Dr., Advokat, Zug.
5. *Stadlin-Graf, Lina*, Frau Dr. jur., Zug.

Kanton Appenzell A.-Rh.

6. *Meyer, Karl*, Dr., Trogen.

Kanton St. Gallen.

7. *Wellauer, Victor*, Dr., St. Gallen.

Kanton Graubünden.

8. *Dedual*, Dr., Advokat, Chur.

Kanton Aargau.

9. *Wildy, V.*, Oberrichter, Brugg.

Kanton Waadt.

10. *Guex, Frédéric*, juge cantonal, Lausanne.
11. *Meylan, Paul*, greffier-substitut du tribunal cantonal, Lausanne.
12. *Rambert, Paul*, Dr., Lausanne.

Kanton Wallis.

13. *Berclas, Pierre*, avocat, Sierre.
14. *Bourdin, Pierre*, notaire, Sion.
15. *de Courten, Jean-Charles*, greffier de la Cour d'appel, Sion.
16. *Defayes, Camille*, avocat, conseiller national, Martigny.
17. *Dénériaz, Camille*, avocat, Sion.
18. *Gentinetta, Jules*, avocat, Sierre.
19. *Gillioz, Pierre*, greffier du tribunal, Martigny.
20. *Graven, Alexis*, avocat, Sion.
21. *de Lavallaz, Joseph*, avocat, Sion.

22. *Mengis, Ignaz*, juge d'instruction, Viège.
23. *Morand, Jules*, avocat, Martigny.
24. *Ribordy, Charles*, notaire, Riddes.
25. *Seiler, Alexander*, Brig-Zermatt.
26. *Solioz, Charles*, avocat, Sion.
27. *de Stockalper, Joseph*, avocat et notaire, Brigue.
28. *de Werra, Rafaël*, greffier du tribunal, Louëche-Ville.
29. *Willa, Léon*, avocat, Louëche-Ville.

Kanton Neuenburg.

30. *Wavre, André*, licencié en droit, Pierrabot sur Neuchâtel.

Im Anschluss daran teilt das Präsidium das Gesuch des Herrn Dr. *Simon Kaiser* mit, welcher wegen geschwächter Gesundheit entlassen zu werden wünscht. Der Präsident erinnert daran, dass Dr. S. Kaiser an der Versammlung des Jahres 1868 das Referat über die Wünschbarkeit eines einheitlichen Obligationen- und Konkursrechtes gehalten. Im Uebrigen wird das Gesuch genehmigt.

IV.

Als Rechnungsrevisoren werden ernannt: Oberrichter *Heuberger*, Aarau, Advocat *Pitteloud*, Sion.

V.

Erstes Diskussionsthema: Die Einsetzung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtshofes.

Das Wort erhält der Referent, Prof. *G. Vogt* (Zürich), der die von ihm gedruckt verteilten, hier nachfolgenden Thesen begründet.

1. Nach schweizerischem Bundesrecht muss zwischen staatsrechtlicher Gerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit unterschieden werden. Jene ist wesentlich Verfassungsgerichtsbarkeit; sie soll der Verfassung des Bundes oder des Kantons widerstreitende Erlasse der kantonalen Staatsgewalt aufheben. Sie gewährt keinen Schutz gegen Verfassungsverletzungen der eidgenössischen Behörden. Sie kommt, nach bekannten Grundsätzen, in der Regel dem

Bundesgericht, ausnahmsweise dem Bundesrate (und eventuell der Bundesversammlung) zu.

Verwaltungsgerichtsbarkeit übt der Bundesrat innerhalb des Bereiches der eidgenössischen Verwaltung. Die kantonale Staatsgewalt ist nur insofern beteiligt, als ein Kanton nicht auf dem Civilwege verfolgbare Rechtsansprüche an den Bund hat oder die Kantone kraft besonderer Gesetzesvorschriften oder nach allgemeinen Grundsätzen Anordnungen der Bundesgewalt zu vollziehen haben. Bis jetzt flossen eidgenössische Verwaltung und eidgenössische Verwaltungsgerichtsbarkeit in einander; die letztere ist nicht als eine eigenartige Funktion ausgeschieden und organisiert.

2. Die Bundesverfassung hat den hervorgehobenen Unterschied übersehen; sie spricht von „Administrativstreitigkeiten“ und meint darunter die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesrates und der Bundesversammlung. Auch das Organisationsgesetz von 1893 hat den Unterschied nicht klar erfasst. Unter dem Titel „Staatsrechtspflege“ (Art. 175 ff.) zählt es im Art. 189 Befugnisse des Bundesrates auf, die nur zum Teil unter diesen Gesichtspunkt gehören und im übrigen reine Verwaltungssachen (Gegenstände der staatlichen Pflege) oder Verwaltungsstreitsachen sind.

Dadurch ist die irrtümliche Auffassung erweckt worden, als ob ausschliesslich dem Bundesgericht die Handhabung aller im Art. 189 nicht vorbehaltenen Gewährleistungen individueller Rechte zukäme. Kann der Verfassungsgarantie durch blosse Aufhebung des widerstreitenden kantonalen Erlasses nicht ein Genüge geschehen, oder kann sie verletzt werden, ohne dass dadurch Rechte von „Bürgern“ oder von „Privaten“ beeinträchtigt werden — so dass also keiner zum Rekurse legitimiert ist — so hat der Bundesrat gemäss der allgemeinen Kompetenz, die ihm durch Art. 102 Z. 2 der Bundesverfassung verliehen ist, für die Handhabung der Verfassung zu sorgen, auch wenn der verletzte Artikel nicht im Art. 189 O. G. genannt ist.

Soll die eidgenössische Verwaltungsrechtspflege organisiert werden, so muss aus Art. 189 O. G. alles entfernt

werden, was nicht eigentliche „staatsrechtliche Gerichtsbarkeit“ ist, also auch nicht eine Ausnahme von der Regel, dass diese dem Bundesgericht zukomme, darstellt.

3. Unser Verfahren in staatsrechtlichen Streitigkeiten entbehrt einiger wertvollen Garantien, welche im Civilprozess den Parteien gegeben sind. Noch stärker als vor dem Bundesgericht treten seine Mängel in dem Verfahren vor dem Bundesrate hervor, das von der Einreichung der Rekursschrift an bis zur Eröffnung des Entscheides geheim ist. Würde das Verfahren verbessert, so könnte dem Bundesrate staatsrechtliche Gerichtsbarkeit gelassen werden, immerhin unter dem Vorbehalt einzelner Einschränkungen oder Erweiterungen.

4. Abgesehen von den Fällen, in welchen eine Partei Rechtsansprüche gegen den Bund auf dem Civilwege verfolgen kann, fehlt es in unserem Bundesstaate gänzlich an einem Rechtsschutze, den der einzelne gegen die eidgenössische Verwaltung anrufen könnte. Die Zulassung der Beschwerdeführung gegen Verfügungen eines eidgenössischen Departements gewährt keinen Rechtsschutz gegen den Bundesrat, der über die Beschwerde beschliesst; der Rekurs an die Bundesversammlung kann ebenso wenig genügen, zumal er nach der Bundesverfassung nur in „Administrativstreitigkeiten“ (Art. 85, Z. 12), d. h., wie aus Art. 113 hervorgeht, nur gegen Entscheide der staatsrechtlichen Gerichtsbarkeit (hievor Satz 1 und 2) zulässig ist. Eine auf das Verantwortlichkeitsgesetz sich stützende Klage kann ein Privater nicht an das Gericht bringen. Das Recht, gegenüber Strafankündigungen einer eidgenössischen Verwaltungsbehörde den Richter anzurufen, enthält nicht ein Klag- oder Beschwerderecht gegenüber einem einstweilen zu Recht bestehenden Verwaltungsakt; dieser fällt vielmehr durch die Anrufung des Strafrichters ohne weiteres dahin.

In der Herstellung einer Rechtskontrolle der Verwaltung ist unser Bundesstaat hinter den meisten Kulturstaaten der Gegenwart, namentlich hinter allen unseren Nachbarstaaten, zurückgeblieben. Wir dürfen nicht länger säumen, uns mit ihnen in gleiche Linie zu stellen.

5. Die moderne Gesetzgebung über die Verwaltungsrechtspflege geht nicht darauf aus, die Gerichte zurückzudrängen und ihnen Kompetenzen, die ihnen naturgemäss zukommen, wegzunehmen. Sie will einen Rechtsschutz schaffen, den die ordentlichen Gerichte nicht gewähren.

Nur die eidgenössische Verwaltung würde durch die Einsetzung eines Verwaltungsgerichtshofes berührt; weder das Bundesgericht, noch die kantonalen Gerichte würden eine Einschränkung ihrer Kompetenzen erleiden. Sollte aber der Verwaltungsgerichtshof zu einem Gerichtshof für öffentliches Recht erweitert werden (hiernach Satz 8), so würde doch damit nur die Folge verknüpft sein, dass statt des Bundesgerichtes ein anderes gleichwertiges Gericht die staatsrechtliche Jurisdiktion zu üben hätte.

Wir haben besondere Civil- und Strafgerichte, eigene Handels-, Gewerbe-, Militärgerichte und erhalten vielleicht bald eigene Versicherungsgerichte. Die „Einheit der Jurisdiktion“ besteht nicht mehr; die Arbeitsteilung ist auch in der Gerichtsorganisation zur Geltung gekommen, unmöglich kann heutzutage ein Richter alle Zweige der Rechtsanwendung mit gleicher Einsicht überblicken. Der Staat, dessen wichtigste Aufgaben die Verwaltung zu erfüllen hat, darf und muss verlangen, dass die Rechtsprechung auf diesem Gebiete in die Hand von Richtern gelegt werde, welche volles Verständnis für die Zwecke und Einrichtungen der Staatsverwaltung mit sich bringen; nur dann sind sie im stande, das für die Verwaltungsorgane massgebende Recht richtig zu erfassen und zu handhaben.

6. Man will, wenn man die Einsetzung eines Verwaltungsgerichtes befürwortet, nicht den Bundesrat unter gerichtliche Bevormundung stellen.

So wenig wie anderwärts wird man bei uns ein Verwaltungsgericht ermächtigen, über „Ermessensfragen“ oder über „actes de gouvernement“ zu erkennen. Auch kann es, so wenig wie ein anderes Gericht, dem Bundesrate in den Arm fallen und ihn zurückhalten, wenn er von seinen Machtmitteln Gebrauch machen will.

Stets hat die Verwaltungsbehörde die Vermutung für sich, dass sie ihre Amtspflicht zu erfüllen gewillt sei, dass sie nichts anderes als das Recht wolle. Nur ist einleuchtend, dass eine politische Behörde, wenn sie gelegentlich über eine Rechtsfrage sich schlüssig machen soll, leichter irren kann, als ein Kollegium sachverständiger Richter, die beständig mit Rechtsfragen aus dem Verwaltungsfache sich abzugeben haben. Jetzt ist der Bundesrat zugleich Partei und Richter; wie kann ein gegen die eidgenössische Verwaltung Streitender von ihm einen unbefangenen Rechtsspruch erwarten? Der Bundesrat hat wohl öfter Recht, als es die Beteiligten glauben. Wird von einer anderen Stelle, die Zutrauen erweckt und verdient, die streitige Rechtsfrage entschieden, so wird eine solche Gerichtsbarkeit der eidgenössischen Verwaltung viel häufiger eine Stütze sein und ihr zur Rechtfertigung vor der öffentlichen Meinung dienen, als ihr Hemmnisse in den Weg legen. Der Unzufriedene wird nicht mehr die Behörde beschuldigen können, sondern nur noch das Gesetz, kraft dessen er unterliegt.

7. Zwei Ziele und zwei Wege sind ins Auge zu fassen: entweder eine Reform grossen Stils nach dem Vorbild der in einigen Staaten Deutschlands und in Oesterreich bestehenden Verwaltungsgerichte, eine Reform, die ohne eine Abänderung der Bundesverfassung nicht ins Leben gerufen werden könnte, oder eine bescheidene, innerhalb des Rahmens der gegenwärtigen Bundesverfassung sich haltende neue Gesetzgebung.

In jenem Falle würde die Rechtskontrolle der eidgenössischen Verwaltung neben, in diesem in den Verwaltungsorganismus des Bundes gestellt.

Allgemeine theoretische Erwägungen können für die Entscheidung der Frage nicht den Ausschlag geben; sie ist im Hinblick auf die Natur der schweizerischen Staatseinrichtungen zu untersuchen und zu beantworten.

8. Das Beispiel Deutschlands und Oesterreichs trifft für unseren Bundesstaat nicht zu. Die Staaten, welche Verwaltungsgerichte besitzen, können diesen einen ungemein reichen Stoff verwaltungsrechtlicher Streitsachen überweisen, weil sie

eine Gliederung lokaler Verbände (Provinzen, Kreise, Gemeinden u. s. w.) in sich schliessen und alle Staatsaufgaben (in Deutschland mit Ausnahme der vom Reiche übernommenen) zu besorgen haben. Durchgeht man ihre Verwaltungsrechtsprechung, und fragt man sich bei jedem Gebiete, auf welches sie sich erstreckt, ob ähnliche Streitigkeiten auch im Bereiche unserer eidgenössischen Verwaltung vorkommen könnten, so muss man meist eine verneinende Antwort geben. Jener Rechtsstoff, der die deutschen und österreichischen Verwaltungsgerichte so stark beschäftigt, findet sich bei uns in den Kantonen. Ich erinnere nur an: Armenwesen, Steuerwesen, Strassenwesen, Polizei, Gemeindewesen. Der Rechtsstoff, den die eidgenössische Verwaltung liefert, dürfte kaum ausreichen, um die Einsetzung eines eigenen grossen Gerichtshofes zu rechtfertigen.

Auch das grosse Deutschland besitzt noch kein Reichsverwaltungsgericht; es hat sich bis jetzt damit beholfen, einzelnen Reichsämtern — so dem Reichsamt für Heimatwesen, dem Oberseeamt, dem Patentamt, dem Reichsversicherungsamt u. s. w. — verwaltungsgerichtliche Befugnisse zu verleihen.

In der Schweiz müsste, will man die Reform im grossen Stile, der Verwaltungsgerichtshof zu einem Gerichtshof für öffentliches Recht erweitert werden, dem auch die „staatsrechtliche Gerichtsbarkeit“ (jedenfalls die des Bundesgerichts) zuzuteilen wäre.

Er müsste in der Bundesstadt Bern seinen Sitz haben. Vor einem Verwaltungsgericht ist stets die Verwaltung zu hören; sie hat sich, auch in geringfügigen Fällen, durch Sachverständige aus den Beamten des beteiligten Verwaltungszweiges vertreten zu lassen. Dieser Verkehr muss leicht und rasch sein, die Erledigung darf nicht verschleppt werden. Man würde die eidgenössische Verwaltung schwer beeinträchtigen, wollte man, statt einen neuen Gerichtshof am Sitze des Bundesrates zu schaffen, die Verwaltungsgerichtsbarkeit der in Lausanne sitzenden, staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts, vielleicht unter Vermehrung der Zahl ihrer Mitglieder, zuweisen.

9. Sollte eine solche Neuerung allzukühn erscheinen oder das Bedenken einflössen, dass der Bundesrat mit dem Gerichtshof für öffentliches Recht nicht im Frieden auskommen würde, so wäre die Herstellung einer Rechtskontrolle innerhalb der Verwaltung immerhin schon eine erfreuliche Verbesserung. In der Stellung, welche alsdann dem für die Entscheidung von Verwaltungsstreitigkeiten bestellten Kollegium angewiesen würde, befand sich der französische Staatsrat bis zur dritten Republik (Gesetz vom 24. Mai 1872); er hat demungeachtet, schon bevor ihm dieses Gesetz die „souveräne“ Urteilsgewalt verliehen hatte, seine richterlichen Funktionen in grosser Unabhängigkeit geübt und das Verwaltungsrecht Frankreichs in trefflicher Weise ausgebildet. Man darf erwarten, dass auch der Bundesrat sich stets den Rechtssprüchen eines eidgenössischen Rates (oder einer „Kammer“) für Verwaltungsstreitsachen fügen würde.

Die Mitglieder und der Vorsitzende dieses Rates wären, meines Erachtens vom Bundesrate, auf eine Amtsdauer von sechs Jahren zu wählen; der Rat würde in das eidgenössische Justizdepartement eingereiht. Seine Zuständigkeit könnte in Anlehnung an das österreichische Gesetz vom 22. Oktober 1875, das sich durch Einfachheit und Klarheit seiner Vorschriften vorteilhaft von den einschlagenden deutschen Gesetzen unterscheidet, bestimmt werden; ich hebe nur einige Sätze hervor:

a) Zuständigkeit. Sie erstreckt sich nicht auf Angelegenheiten, über welche den ordentlichen Gerichten die Entscheidung zusteht; auch nicht auf Angelegenheiten, „in denen und soweit die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen vorzugehen berechtigt sind.“ Dagegen würde ich nicht wie das österreichische Gesetz „Disziplinarangelegenheiten“ ausschliessen; man sollte, wie mir scheint, den eidgenössischen Beamten die Beschwerde gegen willkürliche Massregelungen durch ihre Vorgesetzten gestatten. Als Grundsatz würde gelten, dass der Rat „in allen Fällen zu erkennen habe, in denen jemand durch gesetzwidrige Entscheidung oder der Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet.“

b) Verfahren. Der administrative Instanzenzug ist einzuhalten, also die Beschwerde gegen dem Bundesrate untergeordnete Beamte nur dann zulässig, wenn diesen endgültige Kompetenz zustand. Sechzigtägige Rekursfrist, vom Tage der Zustellung der letztinstanzlichen Verfügung der Verwaltungsbehörde an. Der Rat kann nur auf Anrufung der Parteien vorgehen. Schriftliches Vorverfahren; mündliche Hauptverhandlung. Vertretung durch Advokaten ist gestattet; die beteiligte Verwaltungsbehörde ist durch einen Abgeordneten (Kommissär) vertreten. Kein Kontumazialverfahren. Recht der Aktenvervollständigung; Fragerecht des Vorsitzenden und der Mitglieder des Rates.

Dagegen kann einem im Verwaltungsorganismus stehenden Rate die Befugnis, endgültig zu urteilen, nicht beigelegt werden; die „oberste vollziehende und leitende Behörde der Eidgenossenschaft" ist der Bundesrat (Art. 95 B. V.). Will man die Verfassung nicht ändern, so muss dem Bundesrate das Recht — von dem er nie Gebrauch machen sollte — die Erkenntnisse des Rates für Verwaltungsstreitigkeiten zu ändern, gewahrt bleiben. Er entscheidet. Um einen Missbrauch dieses Rechtes möglichst einzudämmen, könnte dem Bundesrate die Verpflichtung auferlegt werden, den Parteien stets das Erkenntnis des Rates mitzuteilen; hat er dasselbe angenommen, so ist das Urteil endgültig, hat er es abgeändert, so steht den Parteien der Rekurs an die Bundesversammlung (nach Analogie von Art. 192 und ff. O. G.) offen.

10. Ausser den Verwaltungsstreitsachen könnten dem zunächst für diese bestellten Rate noch andere Funktionen zugewiesen werden; so insbesondere:

a) die staatsrechtliche Gerichtsbarkeit, soweit sie dem Bundesrate zugeteilt ist;

b) die Begutachtung von Rechtsfragen, welche der Bundesrat oder eines seiner Departemente dem Rate unterbreitet, so z. B. Auslegung von Bestimmungen der Staatsverträge, Fragen des Völkerrechts;

c) die Mitwirkung zur Gesetzgebung, namentlich zum Zwecke der Aufrechterhaltung der innern Ueberein-

stimmung der Gesetzgebung, sowie zur Ueberwachung der Redaktion der Bundesgesetze.

11. Rein juristisch betrachtet, verdient die in Satz 8 skizzierte Reform den Vorzug. Aber die soeben in litt. b und c von Satz 10 bezeichneten Aufgaben, die an sich von hervorragender Wichtigkeit sind, kann man einem Gerichtshof für öffentliches Recht nicht füglich auferlegen; dazu steht er zu hoch, dem Bundesrate ebenbürtig da. Ein in die Verwaltung eingereihtes Juristen-Kollegium eignet sich dazu weit besser. Deshalb stimme ich in erster Linie für die Errichtung eines **„Eidgenössischen Rates für Rechtssachen."**

Mr. le conseiller d'Etat *A. Chappaz*, co-rapporteur:

Si la question que nous avons à examiner est des plus intéressantes, elle n'en est que plus ardue.

Depuis le commencement du siècle, en effet, l'étude du droit administratif s'est de plus en plus répandue et la littérature en est considérable.

C'est à ce point qu'étant surtout donné le peu de temps dont j'ai pu disposer, il me sera permis de dire que si la matière n'a pas manqué à l'ouvrier, tel n'a pas été le cas de celui-ci.

I. Sur quelles bases repose le droit administratif?

On ne saurait contester que ce ne soit sur le grand principe de la *séparation des pouvoirs*.

Or, mieux que personne, vous le savez, cette théorie, pour être fondée sur la nature même des choses, n'avait guère été formulée que par Montesquieu et ce n'est qu'à la Révolution française qu'elle a été inscrite au fronton de la législation: „Toute société," n'avait pas craint de dire l'Assemblée constituante, „dans laquelle la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée, ne possède pas de constitution."

Le fait est qu'à l'exemple de la France, les autres nations ne tardèrent pas à s'inspirer de cette vérité obscure, aujourd'hui tout à fait élémentaire.

Combien y a-t-il de pouvoirs?

Il y en a trois, répondait l'ancienne école: Le législatif l'exécutif et le judiciaire.

Délibérer, agir et **juger** sont, sans nul doute, trois opérations essentiellement distinctes.

Kant voit même dans les trois pouvoirs les trois propositions d'un syllogisme pratique:

1° La *majeure* contenant la loi d'une volonté;

2° La *mineure*, l'ordre de se conduire d'après la loi; et enfin

3° La *conclusion*, la sentence, qui découle, en l'espèce, ce qui est de droit.

Tel n'est pas l'avis d'autres jurisconsultes, de Sismondi, par exemple, qui ne considèrent le pouvoir *judiciaire* que comme une branche du pouvoir *exécutif*.

Et c'est précisément de ce dernier que nous avons à nous occuper.

II. Quelles sont les attributions du *pouvoir exécutif?*

„Le pouvoir exécutif," à peine est-il besoin de le rappeler, „est chargé d'appliquer aux citoyens et de faire respecter par eux les principes tant de droit *constitutionnel* que de droit *administratif*."

D'où la seule division du pouvoir exécutif: 1° *Gouvernement; 2° Administration.*

Que comprend le droit constitutionnel ou politique?

Ce droit comprend les grands principes sur l'organisation de la société et la représentation des intérêts collectifs.

Quelle est, par contre, la matière du droit administratif?

On peut le définir: „L'ensemble des règles qui déterminent les rapports des personnes sociales (Etats, cantons, communes) entre elles et avec les individus."

Attachons-nous spécialement à l'administration et disons que les citoyens deviennent administrés dans les hypothèses où leurs intérêts et leurs droits se trouvent ou peuvent se trouver en conflit avec les intérêts et les droits de l'Etat représentés par le pouvoir exécutif.

Citons un exemple:

L'individu a un *intérêt* et un *droit* évidents à faire réduire ses impôts, lorsqu'ils sont exagérés.

Mais d'autre part, le pouvoir exécutif n'a pas un intérêt moindre à lui faire acquitter l'impôt le plus élevé.

Qui est-ce qui statuera?

Et voilà que, précisément, nous en arrivons à l'objet même de notre discussion.

En l'espèce, sera-ce l'Etat?

Mais si c'est l'Etat, ce dernier, on ne saurait le contester, sera à la fois *juge* et *partie*. On pourra même dire que son intérêt sera tel que mince sera la confiance que l'on aura en sa décision.

Voilà pourquoi ailleurs, Monsieur le Président et Messieurs, le Contentieux de l'administration a été confié à des tribunaux spéciaux et pourquoi notre honoré collègue, Mr. Vogt, se demande si, dans notre chère et vieille Suisse, il n'y aurait pas lieu d'instituer une „Cour du Contentieux.“ „Non pas,“ nous dit-il, „que nous ayons l'intention d'amoindrir en rien l'autorité du Conseil fédéral et de le mettre sous tutelle. Mais pas plus que dans d'autres pays, nous ne voudrions que le Pouvoir exécutif continuât à être à la fois *juge* et *partie*. Sans doute, en fait, le Conseil fédéral aura bien plus souvent raison qu'à son tour; mais comment peut-on exiger que sa partie adverse ait dans ses décisions une confiance illimitée? Créons donc un tribunal du Contentieux et ce ne sera plus l'autorité, mais la loi que le plaideur évincé pourra accuser.“

Si vous me permettiez de faire ici une brève digression, je vous dirais qu'en Valais, les hommes éclairés avaient inscrit au nombre de leurs revendications l'institution d'un Tribunal Contentieux et qu'après Mr. Zen Ruffinen, membre de l'ancien Tribunal fédéral, l'un de nos collègues, Mr. le juge fédéral Clausen y a, pendant de longues années, joué un rôle des plus en vue.

„Aussi bien,“ continue Mr. Vogt, „il n'est par permis à la Suisse de rester, en pareille matière, inférieure à la plupart des Etats civilisés et notamment aux pays qui nous entourent.“

Ajoutons qu'il n'existe, du reste, que trois systèmes de résoudre le problème:

1° Ou *renvoyer* aux tribunaux ordinaires tout le contentieux de l'Administration — ce que demandait une certaine école, mais ce dont on ne veut plus guère aujourd'hui;

2° Ou *abandonner* au Pouvoir exécutif, c'est-à-dire à l'administration elle-même le soin de trancher les difficultés qu'il soulève — ce qui le constitue, comme nous l'avons vu, juge et partie, ou enfin

3° *Etablir* un Tribunal du Contentieux.

III. L'Assemblée constituante, disions-nous, avait solennellement proclamé la légitimité et la nécessité de la séparation des pouvoirs.

Or, ce principe, exprimions-nous également, contenait en germe la création de cet illustre Conseil d'Etat que Cornemin a pu célébrer en ces termes:

„Le Conseil d'Etat était le siège du gouvernement et l'âme de l'empereur. Les auditeurs, sous le nom d'intendants, assouplissaient au frein les pays subjugués. Les ministres d'Etat, sous le nom de présidents de section, contrôlaient les actes des ministres à portefeuille. Les conseillers, en service ordinaire, sous le nom de directeurs généraux, administraient toutes les régions des douanes, des domaines, des droits réunis, des ponts et chaussées, de l'amortissement, des forêts et des trésors, levaient les impôts des provinces d'Illyrie, de la Hollande et de l'Espagne, dictaient nos ordres à Turin, à Naples, à Rome et allaient monter à la française des principautés, des duchés, des royaumes."

Voici comment, du reste, la loi avait déterminé ses attributions: „Sous la direction des Conseils, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de loi et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative."

Et c'est bien ce même Conseil d'Etat dont il vient d'être question que veut rétablir Mr. Vogt, puisque, après avoir réglé, en matière d'affaires contentieuses, la compétence de la loi fédérale, il se demande si l'on ne pourrait pas le charger de formuler des préavis sur certaines questions de droit et si, de plus, il n'y aurait pas lieu de lui accorder une place dans l'élaboration des lois.

En soi, Monsieur le Président et Messieurs, rien de plus juste, et partout, sous des formes et des noms différents, il

a existé près du Pouvoir exécutif des corps consultatifs. A l'heure présente, il en est certes de même en Suisse; mais n'en tirons pas argument contre le projet de Mr. Vogt. Ne serait-il pas préférable, en effet, que les éminents jurisconsultes dont les conseils sont si précieux au Conseil fédéral et qui rendent de si grands services à la cause du droit, fussent constitués en aréopage.

En Valais — tant pis si j'enfreins constamment la règle que non licet parva cum magnis componere — nous possédions autrefois un conseil de ce genre, soit une Commission des lois, dont faisait partie entre autres le père de Mr. le Conseiller d'Etat Ducrey, notre collègue. Pourquoi l'a-t-on supprimée? . . . . On ne l'a jamais bien su.

IV. Sont-ce là les seuls motifs qui militent en faveur de la création d'une „Cour du Contentieux“ telle que la rêve Mr. le Dr. Vogt?

Non, il en est d'autres non moins dignes d'intérêt.

Voulez-vous absolument confondre, solidariser le pouvoir administratif avec l'administration?

Qu'arrivera-t-il?

Non seulement vous enlevez, comme nous l'avons déjà prétendu, aux décisions du Pouvoir exécutif une notable partie de l'autorité morale dont elles ont besoin; mais vous apporterez dans la gestion des affaires publiques une déplorable instabilité.

Tel système l'emportera aujourd'hui, tel autre demain.

Que si, par contre, vous instituez une Cour fédérale du Contentieux, peu importeront les fluctuations de la politique. „Les ministres pourront changer, mais l'administration ne variera point.“ Au milieu des luttes des partis, elle demeurera immuable, et, rattachant le passé au présent, elle progressera sans doute, mais sans sursaut ni folle vitesse.

Et ce n'est pas tout, Monsieur le Président et Messieurs.

Si jusqu'ici, la Suisse a eu le bonheur d'être dirigée par des hommes d'une intelligence réellement supérieure et d'une puissance de travail hors pair, il n'en est pas moins vrai que les affaires se sont tellement multipliées qu'il n'est plus possible à nos Conseillers fédéraux de les traiter par eux-mêmes.

Par la force des choses, nos ministres sont obligés de s'en rapporter à leurs chefs de service.

Mais s'il en est ainsi, ne craignez-vous pas de créer une bureaucratie par trop omnipotente, et ne serait-il pas expédient de lui apporter dans la Cour du Contentieux une sorte de contre-poids?

„Puisque nous sommes en train de multiplier les tribunaux spéciaux," s'écrie enfin Mr. Vogt, „puisque nous avons des tribunaux militaires, des tribunaux de commerce, des tribunaux de prud'hommes et que, selon toute vraisemblance, on va nous doter de tribunaux d'assurance, pourquoi hésiterions-nous à créer un Tribunal du Contentieux?"

V. Voilà la question nettement posée.

Est-il aussi facile de la résoudre?

On ne saurait l'affirmer.

Et d'abord, en Suisse, nous nous heurtons immédiatement à une objection constitutionnelle.

A l'exemple des autres Etats, la Confédération suisse proclame sans doute l'existence et l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Mais quel est, chez nous, le pouvoir judiciaire?

Le *Tribunal fédéral*, et le *Tribunal fédéral* seulement.

Si l'on voulait donc établir une Cour du Contentieux, force nous serait de provoquer la révision de la Constitution fédérale, ce qui ne laisse pas de représenter une entreprise, si ce n'est périlleuse, du moins pleine d'aléa.

Impossible donc, comme le souhaiterait notre savant collègue, de faire grand, d'élever un édifice d'un style comparable à celui des Etats allemands, français ou autrichiens. Impossible de créer de toutes pièces ce tribunal d'élite.

Faudra-t-il donc demeurer éternellement dans le statu quo? N'y aurait-il décidément plus de progrès à espérer?

Ce n'est pas précisément l'avis de Mr. Vogt et, en attendant mieux, voici le projet qu'il vous soumet.

Pourquoi, nous dit-il, n'établirait-on pas dans l'Administration, au sein de l'Administration elle-même, une section du Contentieux?

C'est ainsi que, jusqu'en 1872, il en avait été en France et, certes, nul n'ignore les services immenses que cette organisation avait rendus à la justice.

Permettez-moi, du reste, pour que vous puissiez mieux les apprécier, de résumer de la manière suivante les diverses propositions et conclusions de Mr. le rapporteur.

1° En vue d'obtenir une amélioration de la justice administrative, il est créé un Conseil du Contentieux;

2° Les membres et le Président de ce Conseil, qui ressort au Département de Justice et Police, sont nommés par le Conseil fédéral pour une période de six ans.

3° La compétence de ce Conseil s'étend à tous les cas où un citoyen s'estime lésé par une décision des autorités administratives, fût-ce en matière d'affaires disciplinaires; par contre, elle ne comprend point les questions rentrant dans les attributions des tribunaux ordinaires, ni celles sur lesquelles l'administration exerce un pouvoir discrétionnaire.

4° Le délai de recours est de soixante jours.

5° Le Conseil n'est saisi que sur le recours des parties et il n'agit pas d'office.

6° La procédure est écrite et il y a des débats oraux; les parties peuvent se faire assister d'avocats et un commissaire représente l'autorité administrative contre laquelle on recourt.

7° Les parties ont toujours le droit de compléter leurs dossiers et il est loisible, tant au président qu'aux autres membres du Conseil, de leur faire subir tels interrogatoires qu'ils jugeront utiles.

8° Les décisions du Conseil du Contentieux peuvent être déférées au Conseil fédéral en sa qualité d'autorité directoriale et exécutive supérieure. (Art. 95 C. F.)

9° Au cas où, par impossible, le Conseil fédéral ferait usage de son droit de révision, les parties auront la faculté (art. 192 de la loi jud. féd.) de porter leur cause devant l'Assemblée fédérale.

10° Le siège du Tribunal est à Berne.

Et rien n'empêcherait de conférer au Conseil du Conten-

tieux d'autres attributions encore, telles que la connaissance des recours de droit public.

Pourquoi, comme on l'a déjà fait observer, ne le consulterait-on pas sur les questions de droit qui peuvent surgir tant à l'occasion de l'interprétation des principes de droit international en général que des traités en particulier?

Pourquoi enfin ne l'appellerait-on pas à coopérer à l'œuvre du législateur? Nos lois sont-elles tellement concordantes et la rédaction en est-elle si parfaite?

Vous nous objecterez sans doute que tous ces nouveaux rouages ne laissent pas d'être singulièrement compliqués; mais le représentant du Conseil d'Etat du Valais est trop heureux de saluer ici même l'éminent professeur de Zurich pour qu'il songe à le contredire, et encore moins à le combattre.

Mr. *Racine* (Genève): La question de la création d'un tribunal administratif est d'une grande actualité. Le public sent la nécessité d'une solution. La Chambre de commerce de Genève a émis, à deux reprises déjà, des vœux en faveur de l'institution d'une instance de recours contre les décisions de l'administration.

Bundesrichter Dr. *Leo Weber:* Es ist Vieles wahr, was vom Referenten in Bezug auf die prinzipielle Unrichtigkeit und Unhaltbarkeit der gegenwärtigen Stellung des Bundesrats zur Rechtsprechung gesagt worden ist.

Die Verwaltungsgeschäfte haben derart zugenommen, dass es für das einzelne Mitglied des Bundesrats nicht mehr möglich ist, die rein administrativen Vorlagen der übrigen Departemente samt und sonders einer eingehenden Prüfung zu unterstellen, geschweige denn Rechtsfragen in der Weise gründlich zu studieren, wie es wünschbar und geboten wäre.

Die faktischen Verhältnisse neben den prinzipiellen Erwägungen sind es, welche einer Reform rufen, und es fragt sich nur, wie wir die Reform einführen wollen und ob wir sie einführen können.

Wir haben einen Versuch gemacht in der Bundesverwaltung mit einem solchen Rechtsrat, wie ihn der Referent im Auge hat, es war dies der eidgenössische Rat für Schuld-

betreibung und Konkurs. Die Thätigkeit dieses Rates hat aber trotz der guten Dienste, die er geleistet, zu gewichtigen Auseinandersetzungen Anlass gegeben. Wenn der Bundesrat die vom Betreibungs- und Konkursrat vorberatenen Anträge des Justiz- und Polizei-Departements annahm, so hat man jeweilen gesagt: das ist ja ganz natürlich, was will der Bundesrat Gescheidteres thun! Wenn er die Anträge nicht annahm, so war man sicher, dass politische Motive irgend welcher Art ihm unterschoben wurden. Und in der That befasste sich der Bundesrat in der Regel einlässlich nur mit solchen Fragen, die einen politischen Beigeschmack hatten, — ich verstehe „politisch" hier nicht in dem gemeinen Sinne des Wortes, sondern in jenem höhern Sinne, wonach die Entscheidungen einer Staatsbehörde getroffen werden nach Gesichtspunkten der Billigkeit oder nach social-politischen Erwägungen.

Eigentliche Rechtsfragen aus dem Gebiete des Betreibungs- und Konkurswesens, das darf gesagt werden, konnten nicht nach vorgängiger gründlicher Prüfung seitens aller Mitglieder in dem Bundesrate ihre Lösung finden.

Dieser Umstand war dem Bundesrate selbst unerträglich geworden. Es entstand die Novelle, welche die Aufsicht über Schuldbetreibung und Konkurs in letzter Instanz dem Bundesrate abgenommen und dem Bundesgerichte zugewiesen hat.

Die Vorteile der Uebertragung der Kompetenz an das Bundesgericht machten sich sofort geltend; auch in der raschen und prompten Erledigung der Geschäfte.

Wie stünde es nun wohl mit dem uns heute empfohlenen Rechtsrat? — Würde der Rechtsrat besser funktionieren oder der Bundesrat in eine bessere Stellung zu ihm gelangen, als es der Fall war in Bezug auf den abgeschafften Rat für Schuldbetreibung und Konkurs? Ich bezweifle es.

Der Bundesrat würde sich gegenüber einem solchen Rate bevormundet, beengt, unfrei fühlen, trotzdem man ihm gestattet hätte, den Vormund selbst zu wählen.

Keinesfalls dürfte der Rat vom Bundesrate selbst ernannt werden; die Bundesversammlung allein wäre die richtige

Wahlbehörde. Denn es müsste dieser Rat nach meiner Ansicht eigene, selbständige Jurisdiktion bekommen. Die Appellation an den Bundesrat würde ich durchaus nicht gestatten. Ich glaube auch, der Bundesrat würde viel eher seine jetzige Kompetenz einem definitiv erkennenden Rate abgeben, als dass er sich thatsächlich durch eine Instanz bevormunden liesse, die er selbst ernannt hat. Wenn wir die Reform ernstlich wollen, müssen wir dem Bundesrate die Zumutung machen, dass er seine Jurisdiktion in staats- und verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten abgebe. Jedes andere System wäre ein Rückschritt.

Was die Jurisdiktion in Fragen des Völkerrechts, von denen der Referent heute gesprochen hat, anbelangt, so möchte ich betonen, dass auch auf diesem Gebiete eine Reform notwendig ist, namentlich im Sinne der Einführung einer oberinstanzlichen Kontrolle der Konsulargerichtsbarkeit.

Auch der Vorschlag, dem neu zu schaffenden Organe bei der Gesetzgebung durch Ausübung einer redaktionellen Ueberprüfung der legislativen Erlasse der Bundesversammlung eine Mitwirkung zu gestatten, ist durchaus zu billigen. Es könnte vielleicht eine Kombination in der Besetzung der prüfenden Behörde eintreten, so dass diese aus einer Redaktionskommission mit je nach der Art der Vorlage wechselndem Bestande und dem ständigen Rechtsrat bestehen würde, wobei dieser letztere namentlich die Aufgabe hätte, den gesetzgeberischen Erlass jeweilen auf seine Harmonie mit dem Ganzen der Bundesgesetzgebung zu prüfen.

Wie ich schon angedeutet habe, würde ich der neuen Behörde nicht nur die Befugnisse eines Verwaltungsgerichtshofes, sondern auch diejenigen eines Staatsgerichtshofes übertragen. Dem Bundesgerichte, das wäre die Folge, würden die staatsrechtlichen Entscheidungen genommen werden. Es könnte infolgedessen eine Reduktion des Bundesgerichts auf zwölf Mitglieder eintreten; das Kompetenzgebiet desselben wäre auf die im Berufungswege und direkt vor sein Forum gelangenden Civilrechtsstreitigkeiten, einschliesslich des mit dem civilrechtlichen Gebiete untrennbar verbundenen Schuld-

betreibungs- und Konkurswesens beschränkt. Der neue Verwaltungs- und Staatsgerichtshof aber, dessen Sitz im Interesse der Geschäftsbehandlung notwendig nach Bern verlegt werden müsste, würde aber wohl mit fünf, drei vorzugsweise juristisch und zwei verwaltungstechnisch gebildeten Mitgliedern, hinreichend besetzt sein. Nach dieser Gestaltung der Kompetenzen würde der Bundesrat recht eigentlich werden, was er sein soll, die oberste administrative Aufsichtsbehörde; er hätte erforderlichen Falls die Präventivmassnahmen zum Schutze bedrohter Rechte, auf Anzeige des Gerichtshofs oder von sich aus, zu treffen, die Entscheidung des einzelnen Streitfalls aber überwiese bezw. überliesse er der richterlichen Instanz.

Dies alles aber erfordert eine Bundesverfassungsrevision mit nachfolgender Aenderung des Organisationsgesetzes über die Bundesrechtspflege. Gegenwärtig ist der Bundesrat durch Art. 102, Ziff. 2 der B.-V. zum obersten Wächter über die Handhabung der Verfassung, der Gesetze und Beschlüsse des Bundes bestellt.

Wenn er auch Rekurse gemäss der 1874 in Art. 102, Ziff. 2, l. c. eingefügten Klausel nur in so weit zu beurteilen hat, als sie nicht nach Art. 113 dem Bundesgerichte übertragen sind, so bleibt ihm doch die Regel-Kompetenz.

Dieses Kompetenzverhältnis ist nicht etwa dadurch in der B.-V. geändert worden, dass es in Art. 113, Abs. 2 heisst:

„Vorbehalten sind die durch die Bundesgesetzgebung näher festzustellenden Administrativstreitigkeiten.“ Denn damit konnte angesichts des Art. 102, Ziff. 2 und des ganzen übrigen Inhaltes von Art. 113 nichts anderes gesagt sein als: Vorbehalten bleiben die der Administrativbehörde zugewiesenen Entscheidungen.

Zum Schlusse sage ich: die Wünschbarkeit einer Reform ist vorhanden; aber es muss eine Reform in grossem Stile sein.

Bundesrichter Dr. *Morel:* Heute wollen wir uns nur darüber aussprechen, ob der schweizerische Juristenverein es für wünschbar erachtet, dass der Bundesrat die Frage der Einsetzung eines Verwaltungsgerichtshofes an die Hand nehme.

Ich meinerseits bin von der Notwendigkeit der Errichtung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtshofes völlig überzeugt. Uebrigens habe ich schon in meinem Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts diesen Standpunkt vertreten. Es darf auch nicht unerwähnt bleiben, dass schon im Jahre 1889 über unser Thema von Professor Dr. Speiser in Basel und Advokat Boiceau in Lausanne Referate verfasst wurden.

Wir brauchen eine oberste Behörde, die in Verwaltungssachen, wo es sich um Rechtsfragen handelt, angerufen werden kann; denn die Entscheidung solcher Fragen durch den Bundesrat bietet, bei dem dortigen Verfahren, das ungeändert werden könnte, nicht die genügende Garantie für eine erschöpfende materielle Behandlung derselben.

Die Versammlung sollte daher einen dahin gehenden Beschluss fassen.

Ueber die Form der zu errichtenden Behörde möchte ich noch keine bestimmte Meinung äussern; doch ist es einleuchtend, dass ein solch' wichtiges Organ unserer Rechtsprechung nur mit Beiziehung verwaltungstechnisch gebildeter Richter seinen Aufgaben gewachsen wäre. Was die Kompetenz eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtshofes anbelangt, so kann dieselbe sich nicht auf die eigentliche Verwaltung erstrecken und nur so weit reichen, als es sich um die Interpretation und Anwendung von Bundesgesetzen handelt. Wo bloss, wie in Steuersachen, die angeführt wurden, kantonales Recht verletzt ist, da ist nur der staatsrechtliche Rekurs wegen Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetze (Art. 4 B.-V.) möglich.

Die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes würde eine Verfassungsrevision notwendig machen, welche am besten gleichzeitig mit jener bezüglich Vereinheitlichung des Civil- und Strafrechts vorzunehmen wäre, indem dem Bunde in einer Zusatzbestimmung zu Art. 64 der B.-V. das Recht zur Schaffung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtshofes eingeräumt würde.

Mr. *Jules Roguin*, anc. juge fédéral: Il serait certainement téméraire, en tout cas prématuré, de discuter les différentes

thèses contenues dans les Leitsätze de Mr. le professeur Vogt, datées du 31 août écoulé. Distribuées hier, elles ne peuvent être suffisamment connues et doivent être soumises à une étude approfondie.

Cependant, je me permets d'énoncer préliminairement, mon opinion sur trois points mentionnés dans ces thèses.

1° La création d'un *eidgenössischer Rat für Rechtssachen* (eidgenössischer Verwaltungsgerichtshof ou Cour du contentieux de l'administration fédérale) ayant une compétence en dernier ressort pour dire droit en cette matière exige *nécessairement une révision partielle* de la Constitution fédérale de 1874.

En effet, si vous prenez la peine de rapprocher les dispositions des art. 85 N° 12, 102 N° 2, 113 alinéa 2 de la dite Constitution, vous constaterez que la volonté du législateur constituant, confirmée par la loi fédérale du 27 juin 1874, a été *a*) d'attribuer au Tribunal fédéral, art. 113, la juridiction souveraine en matière de droit public pour violation des droits constitutionnels des particuliers et corporations garantis, soit par la Constitution fédérale, soit par la législation fédérale, lorsque les recours sont dirigés contre des décisions d'autorités cantonales, à la seule exception des contestations *administratives* à déterminer par la législation fédérale. *b*) d'attribuer au Conseil fédéral, art. 102, le pouvoir de veiller à l'observation de la Constitution, des lois et des arrêtés de la Confédération, lorsque le recours n'est pas un de ceux qui doivent être portés devant le Tribunal fédéral à teneur de l'art. 113. *c*) d'attribuer à l'Assemblée fédérale, art. 85 N° 12, la compétence de statuer souverainement sur recours contre les décisions du Conseil fédéral relatives à des contestations administratives (art. 113).

Il est donc évident que le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale ne peuvent être déchargés d'une partie de leurs attributions sans une révision de la Constitution et qu'il doit en être de même pour la création d'une nouvelle Autorité fédérale.

Il est vrai que par la voie du budget et d'un postulat des Conseils législatifs, le Conseil fédéral a créé, il y a quelques années, le Conseil de la poursuite et faillite, mais ce

conseil n'était qu'une délégation de l'administration du département de justice et police, et ses décisions, ***un préavis au département et au Conseil fédéral.***

Une semblable création serait encore possible... mais est-elle désirable?

2° De par la Constitution fédérale, le Conseil fédéral ne prononce sur recours de droit public qu'en ***matière de contestations administratives***, en dehors de ses attributions légales comme autorité exécutive et supérieure de la Confédération, ayant sous sa direction et ses ordres tous les fonctionnaires et employés... voir, par exemple, art. 37 à 43 loi fédérale du 9 décembre 1850 et lois spéciales.

La loi fédérale org. jud. du 27 juin 1874 avait donc admis, dans son art. 59, comme conséquence du texte constitutionnel que la compétence du Tribunal fédéral en matière de recours de droit public contre des décisions cantonales était la règle et celle du Conseil fédéral ***l'exception*** (voir message et rapport, feuille féd. 1874 édit. française, vol. Ier p. 1005 et suivantes, p. 1159 etc.). Ces exceptions étaient spécialement indiquées dans les derniers paragraphes du dit art. 59 Nos 1 à 10, et la jurisprudence constante a sanctionné cette situation réciproque des deux autorités fédérales supérieures (voir arrêts féd. I. 271. V. 190. IX. 474. XVIII, 763). C'est donc avec surprise qu'en lisant la nouvelle loi fédérale d'organisation judiciaire du 22 mars 1893, art. 175, alinéa 2, et art. 189, j'ai constaté que volte face était faite en ce que le mot contestations ***administratives*** des art. 85 et 113 de la Constitution avait été supprimé et le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale sont revêtus de la compétence de statuer sur les recours concernant l'application des lois fédérales édictées en exécution de la Constitution fédérale pour autant que ces lois elles-mêmes ou la présente loi (art. 182) n'en disposent pas autrement, les questions de for étant seules et dans la règle réservées à la juridiction du Tribunal fédéral.

La portée de ce changement est évidente, mais les motifs qui l'ont amené, nul ne peut les connaître avec pleine certitude.

M'étant rendu à Berne, j'ai consulté le dossier à la chancellerie fédérale et n'ai pas trouvé trace de délibérations des Conseils législatifs sur ce point. Le projet du Conseil fédéral, art. 172 et 175, était conforme à la loi antérieure; le message en langue allemande p. 102 et 114 parait avoir voulu accorder au Tribunal fédéral plutôt une extension de compétence et ne continuer à ne déléguer au Conseil fédéral une compétence qu'en ce qui concerne les lois fédérales *polizeirechtlicher Natur*... mais la rédaction primitive de l'art. 179, § 5 tenant compte de cette louable intention paraît avoir été modifiée à un moment quelconque, soit par un nouveau rédacteur ou traducteur, soit par un membre d'une commission.... bref, elle a été changée, et le texte nouveau, dans sa clarté impérative, paraît avoir eu l'intention de restreindre la compétence judiciaire, d'étendre les pouvoirs du Conseil fédéral.

Il est vrai qu'il y a divergence entre le texte allemand et le texte français... ce qui n'est pas nouveau. Il suffit, pour se convaincre de ce fait déplorable, de lire, par exemple, l'art. 8 du Code pénal fédéral du 4 février 1853 et l'art. 1er de la loi fédérale de 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour. Il est évident que cette innovation de la loi de 1893 accumule en mains du Conseil fédéral, des pouvoirs nouveaux, alors que de *l'avis de tout le monde* il est déjà surchargé, impuissant à faire face à toutes ses attributions, donc forcé d'accepter les préavis des départements et des employés supérieurs des bureaux, souvent sans les lire, dit-on.

Quoiqu'il en soit des faits qui viennent d'être relevés, il est en tout cas certain qu'il sera toujours difficile de fixer clairement la distinction entre les cas rentrant dans la compétence de la justice fédérale en matière de droit public (droits constitutionnels garantis aux particuliers et corporations) et les *contestations administratives* à réserver à l'autorité chargé du contentieux de l'administration, qu'on lui donne le nom de Eidgenössischer Rat für Rechtssachen, ou de Verwaltungsgericht exerçant la Verwaltungsrechtspflege.

Cette première difficulté sera toujours une lourde tâche pour le législateur.

Et une seconde difficulté devra aussi être tranchée, si la création d'une autorité spéciale préposée au contentieux administratif vient à être décidée, à côté du Conseil fédéral.

Il me paraît évident que le Conseil fédéral devra toujours rester (art. 95 et 102 de la Const.) l'autorité directoriale et exécutive supérieure. Comme telle, il aura seul à surveiller, contrôler l'exécution des lois et arrêtés par ses fonctionnaires et employés, et à cet égard, je suis pleinement d'accord avec les affirmations de Mr. le professeur Vogt dans le N⁰ 6 de ses Leitsätze.

Il faudra donc limiter avec une parfaite précision les cas d'intervention de la juridiction administrative (staatsrechtliche Verwaltungsstreitigkeiten), et cette mission ne sera pas facile.

3⁰ Enfin et pour terminer, je ne saurais en aucun cas recommander le transfert à cette nouvelle autorité préposée au contentieux administratif *fédéral* d'une partie quelconque des attributions actuelles du Tribunal fédéral comme cour de droit public. Le N⁰ 8 des Leitsätze paraît indiquer cette intention du rapporteur.

Je me rappelle encore avec quelle quasi unanimité a été adoptée en 1874 la création d'un Tribunal fédéral permanent chargé de la protection des droits individuels garantis par les Constitutions fédérales et cantonales, ou par les lois fédérales édictées en exécution de la Constitution.

Cette juridiction me paraît avoir justifié la confiance de l'Assemblée fédérale : elle est efficace, indispensable pour la protection du droit.

Herr Bundesrichter *Winkler* fasst das Ergebnis der bisherigen Beratung dahin zusammen, dass mit den Referenten die Wünschbarkeit der weitern Ausbildung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde allgemein bejaht wird, dass dagegen der Einrichtung eines selbständigen Verwaltungsgerichtshofes der Vorzug gegeben würde. Jedenfalls wünsche man bald thunlichst, dass eine Einrichtung getroffen werde zur Erzielung genauerer Redaktion und Uebereinstimmung der Bundesgesetze und Staatsverträge. Er empfiehlt daher die Annahme folgender Resolution:

„Der schweizer. Juristen-Verein beschliesst, die Thesen der Herren Referenten und das Protokoll der heutigen Sitzung dem h. Bundesrate zu übermitteln und denselben zu ersuchen, darauf Bedacht zu nehmen, dass im geeigneten Zeitpunkte der Bundesversammlung eine Vorlage gemacht werde behufs Schaffung eines eigenen Organs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Der Verein spricht dabei zugleich den Wunsch aus, dass baldmöglichst eine Einrichtung getroffen werde, um eine genauere Redaktion und bessere Uebereinstimmung der Bundesgesetze und Staatsverträge zu erzielen."

Dieser Antrag wird übersetzt wie folgt:

„La Société Suisse des Juristes décide de transmettre au Conseil fédéral les thèses de Mess. les rapporteurs et de lui demander de présenter à l'Assemblée fédérale, en temps opportun, un projet de création d'un organe spécial de juridiction administrative.

La Société désirerait en même temps qu'il fût créé le plus tôt possible un office qui veillât à une rédaction plus soignée et une concordance plus exacte des lois fédérales et des traités internationaux."

Prof. Dr. Gustav *Vogt* erklärt sich in seinem Schlussvotum mit einer Resolution im Sinne von Herrn Bundesrichter Winkler einverstanden.

In Entgegnung auf das Votum von Herrn Bundesrichter Dr. Leo Weber bemerkt Professor Vogt: Wir wollen das Bundesgericht nicht reduzieren. Wir wollen ihm auch keine Kompetenzen abstreifen. Eventuell sollte die staatsrechtliche Kompetenz dem Bundesgericht in Lausanne verbleiben.

Im Gegensatz zu Herrn Bundesrichter Dr. Morel bemerkt Referent: Es geht nicht so leicht, bei einer Verfassungsrevision zum Zwecke der Vereinheitlichung des Civil- und Strafrechts, in einem Zusatze den Bundesrat zur Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes zu ermächtigen. Vielmehr müssten noch eine ganze Reihe von Artikeln der Verfassung revidiert werden.

Der Präsident bringt die Resolution des Herrn Bundesrichter Winkler zur Abstimmung. Sie wird mit Einmut angenommen.

Verhandlungen vom 14. September 1897.

I.

Rechnungsführung 1896/97.

Für die Rechnungsrevisoren erstattet Herr *Oberrichter Heuberger* (Aarau) folgenden Bericht:

a) Das Vermögen der Gesellschaft betrug am 30. Juni 1896 . . . . Fr. 12,117. 60

Im Rechnungsjahre (1. Juli 1896 bis 30. Juni 1897) wurden eingenommen . . „ 4,793. 99
und ausgegeben . . . . „ 4,456. 84

Mit den Mehreinnahmen von . . Fr. 337. 15
stieg das Vermögen auf . . . . . „ 12,454. 75

Die Prüfungskommission hat die Rechnung in allen Teilen geprüft und richtig befunden. Nur über die Druckkosten für Mitgliederverzeichnis und Statuten (Fr. 272. 05) wird Aufschluss gewünscht.

b) Ohne weitere Bemerkungen wird zur Abnahme empfohlen die Rechnung über den Spezialfonds für die Herausgabe der Schweizerischen Rechtsquellen.

Das Vermögen desselben betrug 30. Juni 1896 Fr. 3,029. 10
Einnahmen . . . . . Fr. 4,108. 45
Ausgaben . . . . . . „ 672. 85 „ 3,435 60
somit Vermögen am Ende des Rechnungsjahres Fr. 6464. 70

Der Quästor, *Bundesrichter Soldan* erteilt den gewünschten Aufschluss dahin, dass eben der in erfreulicher Weise angewachsene Mitgliederbestand (837) eine grosse Auflage des Mitgliederverzeichnisses erfordere und dass bezüglich der Statuten es sich um Anlage eines grössern Vorrates auf längere Zeit gehandelt, nachdem der frühere Abdruck vergriffen war.

Die beiden Rechnungen werden hierauf ohne Gegenantrag von der Versammlung genehmigt.

II.

Bericht des Preisgerichtes.

Der Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins hatte für das Jahr 1897 folgende Preisaufgabe ausgeschrieben:

„Die Beweislast nach dem schweizerischen Obligationenrecht (le fardeau de la preuve d'après le Code fédéral des Obligations)."

Zur Beurteilung der eingereichten Arbeiten wurde das Preisgericht bestellt aus folgenden Mitgliedern: Bundesrichter *F. Clausen* in Lausanne, Bundesgerichtssekretär *Dr. Th. Weiss* in Lausanne, Professor *Dr. L. R. von Salis*, Chef der Abteilung für Gesetzgebung und Rechtspflege im eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement in Bern.

Das Preisgericht unterbreitet durch Professor von Salis folgenden Bericht nebst Antrag:

Eine einzige, in französischer Sprache abgefasste Arbeit ist unter dem Motto: „E pluribus unum" eingereicht worden.

Die gestellte Aufgabe war eine recht schwierige, vielleicht, besonders mit Rücksicht auf die kurze Lösungsfrist, eine zu schwierige. Es konnte sich nicht darum handeln, gegenüber einer viel besprochenen und einlässlich behandelten Streitfrage Stellung zu nehmen; es konnte sich auch nicht darum handeln, ein scharf abgegrenztes Gebiet eidgenössischen Rechts in den Kreis einer wissenschaftlichen Untersuchung zu ziehen. Es handelte sich vielmehr darum, festzustellen, wie der eidg. Gesetzgeber im Obligationenrecht ein auf der Grenze des Privatrechts und des Prozessrechts stehendes Problem verwirklicht hat, und diese Feststellung hatte zu erfolgen zunächst durch Prüfung und Untersuchung der Beweislast im Allgemeinen, sodann aber auch durch Eintreten auf eine Reihe von einzelnen positiven Beweisvorschriften, die in den verschiedensten Titeln und Abschnitten des Gesetzes zerstreut zu finden sind. Eine solche Untersuchung fördert eine schöne Zahl interessanter und bedeutungsvoller Resultate zu Tage. Sie zeigt vorab, wie der Gesetzgeber im Gesetze gar Manches, angeblich als selbstverständlich, auszusprechen unterlassen hat, und wie, sobald diese Selbstverständlichkeit nicht zugegeben wird, auf Grund des Gesetzestextes die Verteidigung solcher Ansichten gerechtfertigt erscheint, die der Gesetzesredaktor verworfen oder wenigstens nicht in Erwägung gezogen hat. Sie wirft ferner ein Licht auf den Zusammen-

hang einzelner positiver Gesetzesvorschriften untereinander, deren Zusammenfassung zu einer umfassenden Theorie vielleicht möglich ist. Sie reizt endlich dazu an, an Hand einer kritischen Beleuchtung der Judicatur, die einschneidende praktische Bedeutung verschiedener Gesetzesvorschriften im Gegensatz zur praktischen Geringfügigkeit mancher andern nachzuweisen.

Wie hat nun der Verfasser die ihm gestellte Aufgabe in der umfänglich sehr bescheidenen Schrift (auf 24 nicht eng beschriebenen Quartseiten) gelöst? Der Verfasser geht davon aus, zu konstatieren, dass zwischen deutscher und französischer Auffassung über den Vertragsschluss und über die Bedeutung der Vertragsform eine Verschiedenheit besteht und dass, da infolge des im Obligationenrechte enthaltenen Kompromisses beider Auffassungen die Beweisfrage der Kantonalgesetzgebung überlassen sei, eine allgemeine Theorie über die Beweislast nach dem eidgenössischen Obligationenrecht auf Schwierigkeiten stosse. Indessen lasse sich doch an Hand der Spruchpraxis bestimmen, welcher Partei die Beweislast obliege. Es folgen nun eine Anzahl lose aneinander gereihte Erwägungen aus bundesgerichtlichen und kantonalgerichtlichen Entscheidungen, die sich auf die Beweislast beziehen. Mit dem Hinweis darauf, dass dem Obligationenrecht ein Abschnitt über die Interpretation der Verträge fehle, und dass das Bundesgericht es wiederholt abgelehnt habe, sich in allgemeiner, reglementarischer Weise über die Interpretation des Obligationenrechts sowohl wie anderer Gesetze auszusprechen, glaubt er dennoch, unter Vorbehalt der in der Haftpflichtgesetzgebung niedergelegten Grundsätze, den Satz aufstellen zu dürfen: „Beweispflichtig ist, wer eine Thatsache vorschützt, die dem ordentlichen und regelmässigen Zustande der Dinge widerspricht“ („le fardeau de la preuve incombe à celui qui avance un fait contraire à l'état normal et habituel des choses“); der normale Zustand aber, in dem zwei beliebig aus der Menge herausgenommene Individuen sich befinden, ist der gegenseitiger Unabhängigkeit. Demnach hat, wer Gläubiger zu sein behauptet, solches zu beweisen. Weitere

Beispiele werden zur Illustration beigebracht; unmittelbar an das Beispiel der Verteilung der Beweislast bei der aus Art. 50 des Obligationenrechts begründeten Schadenersatzpflicht schliesst sich ein Exkurs über die sogen. Umkehrung der Beweislast in der Haftpflichtgesetzgebung.

Aus dieser Inhaltsübersicht geht wohl zur Genüge hervor, dass der Verfasser seiner Aufgabe in keiner Weise gewachsen war. Schon die Einleitung setzt uns in Erstaunen; er scheint Beweislast und Beweismittel nicht auseinander halten zu können. Zieht er aber die Frage der Beweismittel nur heran, um festzustellen, dass ihre Festsetzung und rechtliche Würdigung dem kantonalen Recht verblieben sind, so ist diese Behauptung in ihrer Allgemeinheit nicht richtig, und soweit sie richtig ist, folgt aus ihr noch lange nicht, dass das ganze Beweisrecht eine Materie des kantonalen Rechtes ist. Nicht uninteressant wäre eine genaue Prüfung der Frage, ob und bejahendenfalls inwiefern das kantonale oder eidgenössische Prozessrecht (ordentliches Prozessrecht, Betreibungs- und Konkursrecht) Einfluss auf die Beweislast in obligationenrechtlichen Fragen haben kann. Wie ungereimt ist es aber, wenn der Verfasser das Beweisrecht Bestandteil des kantonalen Rechtes sein lässt, angeblich weil das Obligationenrecht fast keine Beweisregeln kenne, und wenn er dennoch aus der Spruchpraxis versucht, eine allgemeine Theorie über die Beweislast zu gewinnen, wobei er einige unklare Vorstellungen über die von den Gerichtsinstanzen erfolgte Ablehnung der Gesetzesinterpretation auf dem Wege allgemeiner Weisungen zum Besten giebt. Der vorgetragenen allgemeinen Theorie fehlt jede tiefere Begründung, aber ebenso vermissen wir deren Durchführung im Einzelnen, die wenigen Einzelbeispiele können als solche nicht gelten; und die Fülle der Vorschriften über Beweispflicht, die das Obligationenrecht enthält, wird gar keiner Würdigung wert erachtet; statt des Eingehens auf diese Einzelvorschriften begnügt sich der Verfasser mit einigen leichtfüssigen Bemerkungen über die durch die Haftpflichtgesetzgebung geschaffene Beweispflicht.

Auf Grund dieser Erwägungen sieht sich das Preisgericht

leider in die Lage versetzt, zu beantragen, von einer Prämierung der eingereichten Arbeit abzusehen und dieselbe dem unbekannt bleibenden Verfasser zur Verfügung zu stellen.

Im Anschlusse an diesen Bericht bringt der Referent in Anregung, dass dieselbe Preisaufgabe nochmals ausgeschrieben werden möge und zwar mit Erstreckung der Eingabefrist auf 1899, gutfindendenfalls unter Erhöhung der ausgesetzten Preise.

Die Anregung wird von Oberrichter *Heuberger* unterstützt, ebenso von *Jeanneret*, der zudem wünscht, das Komite möge prüfen, ob nicht die Fragestellung einer nähern Ausführung bedürfe. Schliesslich wird nach Antrag von Bundesrichter *Winkler* beschlossen, es seien die geäusserten Anregungen dem Vorstande zur Beschlussfassung überwiesen, und es werde derselbe gleichzeitig ermächtigt, bei Ansetzung der Preise den hergebrachten Jahreskredit zu überschreiten.

III.
Bericht der Kommission für Herausgabe schweizerischer Rechtsquellen.

Schon auf der vorjährigen Versammlung war mitgeteilt worden, dass der Druck des ersten Bandes der Argauer Rechtsquellen (das Arauer Stadtrecht enthaltend) begonnen habe. Wir glaubten damals darauf zählen zu dürfen, dass der Druck heute längst vollendet sein werde. Diese Erwartung ist getäuscht worden; verschiedene Umstände, worunter auch die zeitweise starke Inanspruchnahme des Herausgebers Herrn Dr. Merz durch Amtsgeschäfte, haben Verzögerungen herbeigeführt; doch ist der Abschluss auf Ende dieses Jahres zu gewärtigen, und dann kann sofort der zweite Band, dessen Stoff bereit liegt, in Druck genommen werden.

Unterdessen ist die ebenfalls im vorjährigen Bericht erwähnte Bearbeitung der Rechtsquellen des Hofes Höngg von Prof. Dr. U. Stutz im Druck erschienen. Unsre Absicht dabei war, ein Specimen herzustellen, nach welchem die Herausgeber der Weistümer bei ihrer Arbeit verfahren sollten. Nun ist freilich dieser Versuch so umfangreich geworden, dass man Zweifel darüber haben kann, ob er das unbedingt massgebende

Muster für die Edition der Weistümer abzugeben vermag. Man wird auf eine Vollständigkeit, wie sie in dieser Probe erzielt ist, verzichten müssen, um den Stoff nicht ins Unendliche anschwellen zu lassen. Unter allen Umständen aber ist diese Arbeit ausnehmend nützlich; sie wird den Bearbeitern der Weistümer ihre Aufgabe wesentlich erleichtern durch die Feststellung und die praktische Demonstration der Editionsgrundsätze, die nun von ihnen befolgt werden können. Dem Hrn. Prof. Stutz sind wir für seine treffliche Leistung zu grossem Dank verpflichtet.

Eine besondere Schwierigkeit für uns ist die Auffindung von Persönlichkeiten, die zur Uebernahme einer Thätigkeit für unser Unternehmen geeignet und bereitwillig sind. Was die Bearbeitung der Weistümer betrifft, so haben wir dermalen nur eine Zusage für den Kanton Thurgau, indem sich Hr. Dr. Joh. Meyer in Frauenfeld zu unserer Freude bereit erklärt hat, sich dieser Aufgabe zu unterziehen. Für Zürich und St. Gallen sind wir momentan nicht im Falle, schon Bestimmtes angeben zu können.

Was die Stadtrechtsquellen des Kantons Zürich betrifft, so hat im verflossenen Jahr Hr. Dr. R. Hoppeler in unserem Auftrag anlässlich der von ihm besorgten Neuordnung des Winterthurer Stadtarchivs die dort befindlichen Quellen des Winterthurer Stadtrechts zu sammeln und zu bearbeiten begonnen.

Endlich hat sich Herr Staatsarchivar Dr. Robert Durrer in Stans bereit finden lassen, seine reichhaltige Sammlung von Unterwaldner Rechtsquellen für unsere Zwecke zu bearbeiten und zur Edition herzustellen.

In der französischen Schweiz sind wir leider noch ohne Aussicht auf Mithilfe.

In Rücksicht auf die im Laufe des nächsten Rechnungsjahres fällig werdenden Druckkosten und Honorare möchten wir Sie um Bewilligung eines Beitrages ersuchen, den wir immerhin mässiger bestimmen können als die letzten Jahre und mit Fr. 400 für ausreichend erachten.

Bundesrichter *Soldan*, der den Bericht verlesen, unterstützt noch persönlich den Schlussantrag, insbesondere mit

dem Hinweise darauf, dass auch der Bundesbeitrag sistiert werden könnte, wenn wir in einem Jahre unsere Einzahlungen aussetzen würden.

Prof. *Reichel* frägt an, warum die „Rechtsquellen von Höngg" in nur so wenig Exemplaren gedruckt worden und im Buchhandel nicht erschienen seien.

Bundesrichter *Soldan* erwidert, dass diese Schrift nur als Specimen für die Bearbeiter gedruckt worden sei und jedenfalls in der wirklichen Herausgabe reproduziert und damit dem Buchhandel überwiesen werde.

Die Versammlung genehmigt hierauf einstimmig den Antrag der Kommission.

IV.

Zweiter Verhandlungsgegenstand: Ist das schweizerische Firmenrecht einer Reform bedürftig und wenn Ja, in welchem Sinne?

Mr. le Dr. *Burckhardt,* rapporteur : Dans mon rapport sur les r. d. c. je n'ai pas examiné à part chacun des articles du C. O., pensant que si la révision était mise en discussion, c'était moins de la rédaction de ces dispositions que des principes mêmes qui sont à leur base, qu'il s'agissait. Mon *étude* a porté sur les trois points principaux suivants :

1° la formation des raisons de c., 2° leur transfert, 3° le système de leur enregistrement.

La *formation* de la raison *individuelle* ne prête guère à controverses; lors de la révision du C. d. c. allemand certains commerçants ont demandé que la raison des femmes et des mineurs se distingue par quelque signe extérieur de toutes les autres. Cette demande était motivée surtout par le fait que le père de famille qui a fait faillite continue le commerce sous le nom de sa femme ou d'un de ses enfants mineurs afin de se soustraire à l'action de ses créanciers et que la raison commerciale adoptée par la femme est souvent identique à l'ancienne raison du chef de la famille.

A mon avis c'est aller trop loin que de soumettre pour obvier à cet abus, toutes les femmes et tous les mineurs à

des mesures exceptionnelles; j'estime d'ailleurs que la loi actuelle déjà permet d'y mettre fin, le préposé au registre et les intéressés peuvent exiger que ce soit la personne qui, en fait, gère le commerce qui figure comme telle au reg. du c. et qui soit tenue par conséquent comme telle vis-à-vis des créanciers. Dès que l'intérêt du public est en jeu le préposé ne doit pas se contenter de la simple déclaration du commerçant qu'il n'est pas le chef de la maison; il doit s'assurer au contraire que les faits déclarés ne soient pas simulés.

Un autre moyen se trouve dans la disposition que je propose dans mon rapport, et qui consiste à défendre qu'une raison radiée soit reprise par un autre commerçant avant le terme de deux ans.

La raison de la *société en commandite* prête le flanc à la critique pour deux motifs :

1° elle ne permet pas de distinguer la société en nom collectif de la société en commandite.

2° elle ne fait pas voir si dans la société en commandite il y a un ou plusieurs associés indéfiniment responsables.

La raison sociale Noir & Cie peut désigner ou bien une société en nom collectif composée de Noir et d'un nombre indéterminé d'autres associés,

ou bien cette même société avec, en plus, un ou plusieurs commanditaires,

ou bien une société composée de Noir comme seul associé indéfiniment responsable et de un ou plusieurs commanditaires.

Or, ce que je critique avant tout c'est qu'il soit impossible de distinguer s'il y a dans la société en commandite un ou plusieurs associés-gérants.

J'estime que les *créanciers* de la maison ont un intérêt plus considérable à savoir combien ils ont de débiteurs tenus sur tous leurs biens que de savoir qu'il existe un commanditaire et que pour les *clients* de la maison cette dernière circonstance est parfaitement indifférente tandis qu'il leur importe grandement de savoir quelles sont les personnes à la tête des affaires.

Les *créanciers*, dis-je, n'ont pas un intérêt si essentiel à être informés de la prise d'une commandite par leur débiteur

qu'il faille imposer à ce dernier l'adjonction des mots & Cie. Si la commandite *a été versée*, ce fait n'a pas d'autre importance pour les créanciers que n'importe quel autre accroissement de la fortune du débiteur. C'est à ce point de vue économique que j'ai comparé dans notre hypothèse la commandite à un héritage, une donation reçue par l'associé indéfiniment responsable; je n'ai point assimilé au point de vue juridique la commandite à une donation ou à une succession échues au commandité, comme semble le dire Mr. Siegmund (p. 669).

Si la commandite n'a pas été versée, les créanciers, je ne le conteste point, ont intérêt à savoir qu'elle est due, pour l'exiger en cas de faillite, du commanditaire. Mais c'est avant tout le débiteur lui-même qui a intérêt à le leur apprendre et, s'il ne le fait pas, de quoi pourraient se plaindre les créanciers? leur situation n'est nullement compromise par la prise d'une commandite; au contraire. Tel serait bien plutôt le cas lorsque la commandite est diminuée de moitié ou des $^{3}/_{4}$, ce que pourtant rien n'indique dans la r. d. c. Il est nécessaire mais il suffit que le reg. d. c. constate d'une façon authentique le fait de la commandite et son montant.

Je propose donc de ne pas tenir compte dans la formation de la r. d. c. des sociétés en commandite de la présence des associés commanditaires. De cette manière les sociétés commerciales et les commerçants isolés seront dispensés de modifier leur r. d. c. dans les cas précisément où ce changement paraît le moins nécessaire aux commerçants, par exemple, lorsque la maison „Lenoir frères“ s'adjoint un commanditaire qui est le fils d'un des associés actuels.

Pour créer une différence apparente entre la raison sociale de la société en nom collectif et celle de la société en commandite Mr. Siegmund propose pour la seconde l'adjonction caractéristique „& Comm.“ ou „& Cap.“ (p. 667). Si l'on veut exprimer encore dans la même r. d. c. s'il y a un ou plusieurs associés-gérants (ce qui me semble plus nécessaire), on arrive ainsi à des dénominations bizarres ou fort longues. Une société en commandite comptant, par exemple, quatre associés indéfiniment responsables aurait pour raison sociale : Noir,

Blanc, Rouge, Bleu & Comm. ou bien Noir & Cie & Comm. Cette innovation n'est, à mon avis, pas pratique; le public confondrait facilement „Comm." et Cie et à l'étranger on serait sans doute fort surpris de cette raison sociale modèle 1897.

Je n'ai pas exprimé dans mon rapport l'opinion que m'impute Mr. Siegmund (p. 669 et 670) qu'entre le commanditaire et les associés indéfiniment responsables il n'existait pas une véritable société, ni que vis-à-vis des tiers le commanditaire n'avait pas qualité d'associé. Je n'ai pas songé à le contester, mais ce que je conteste c'est que, comme le dit, sans le motiver, l'honorable co-raporteur, ce soit un motif pour donner à la société en commandite une raison sociale.

Les raisons des sociétés anonymes: de lege ferenda la question se pose de savoir jusqu'à quel point il faut exclure de la dénomination de la société anonyme les noms de personnes. Lorsque le nom de personne désigne évidemment l'objet de l'entreprise, ou l'établissement au sens object du mot, il n'y a aucun danger à l'admettre, mais où est la limite? Les sociétés anonymes ont un intérêt légitime à indiquer au public quel est l'invention du produit qu'elles fabriquent ou quel est l'établissement dont elles ont repris la suite des affaires à la condition seulement de ne laisser aucun doute sur leur caractère de société par actions. Je pense donc qu'on pourrait permettre l'usage de noms de personnes si l'on prescrivait en même temps que les dénominations doivent porter les mots: „Société anonyme" ou „par actions" ou les initiales de ces mots.

De cette façon les sociétés anonymes auraient une raison nettement différente de toutes les autres.

La mesure proposée par Mr. Siegmund, d'interdire tout nom de personne dans les raisons des sociétés anonymes, me paraît trop rigoureuse.

Pour les *associations* faisant des affaires commerciales il serait utile également de les désigner comme telles dans la raison commerciale; je puis me rallier dans ce sens à la proposition de Mr. Siegmund.

Une dernière remarque concerne les *adjonctions* aux r. d. c. (art. 867, al. 2). Je me suis demandé s'il n'était pas préférable

de limiter l'usage d'adjonctions au cas prévu par l'art. 868, c. à d. lorsqu'elle est nécessaire pour distinguer deux noms patronymiques identiques. Ce but serait d'autant mieux atteint que l'adjonction n'aurait pas d'autre fonction. On fait un abus considérable d'adjonctions dans un but de réclame et à ce point de vue il conviendrait de supprimer toutes les adjonctions désignant la nature des affaires ou qui font fonction d'enseignes. L'inscription des enseignes au reg. du c. ne confère à leur propriétaire aucun droit nouveau; il ne perdrait donc rien à en être privé. Ce qui m'a décidé en faveur du système actuel c'est la considération que la liberté dans la formation des r. d. c. serait par trop restreinte par la suppression de toutes les adjonctions autres que celles prévues à l'art. 868, qu'en pratique on ne pourrait empêcher le commerçant de les ajouter à sa r. d. c., l'effet serait donc le même vis-à-vis du public et enfin le fait de l'inscription n'enlève à ceux dont les intérêts sont lésés, aucun des moyens de droit qui leur compèteraient si l'adjonction n'était pas inscrite.

Pour les *enseignes* Mr. Siegmund propose un *registre spécial*, semblable à celui des raisons de c. Je n'en vois pas l'utilité. En droit actuel celui qui a fait le premier un usage public de son enseigne, en est le légitime propriétaire. Cette question de fait n'a donné que rarement lieu à des difficultés. L'inscription des enseignes serait pour les commerçants, surtout les petits commerçants, une formalité vexatoire. Le remède serait pire que le mal. A côté de l'enseigne il existe encore une foule de signes distinctifs d'un établissement, qu'il serait impossible de tous contrôler; lorsqu'un concurrent les usurpe le juge est bien obligé de trancher la difficulté sans l'aide d'un registre suivant les règles sur la concurrence déloyale; pourquoi ne le ferait-il pas aussi pour les enseignes?

Toutes ces règles théoriques sur la formation des r. d. c. ne servent à rien, si elles ne sont observées en *pratique*. Il ne suffit pas que la r. d. c. soit formée correctement dans le reg. du c., il faut encore que le commerçant ne la modifie pas dans l'usage journalier qu'il en fait. Or, il arrive très souvent que les commerçants se servent d'une r. d. c. différente de celle

qu'ils ont inscrite; sur leur magasin et leurs en-tête de lettres ils laissent p. ex. le nom de leur prédécesseur. Comment réprimer cet abus? Lorsqu'il s'agit de l'usage *public* d'une r. d. c. inexacte, une amende pourrait être prononcée d'office ou sur plainte (du préposé au reg. p. ex.) contre le commerçant coupable. Quant à l'usage *privé* de raisons inexactes, dans des communications ne s'adressant qu'à un nombre restreint de personnes, il faut s'en tenir aux moyens de droit ordinaires: Actions civiles basées sur l'erreur ou le dol dans la conclusion du contrat ou action pénale pour escroquerie, usage de faux noms etc.

La question qui intéresse le plus le monde commercial est celle du *transfert* des r. d. c.

Presque toutes les législations ont adopté pour les raisons nouvelles le principe de la vérité des r. d. c.

Au moment de la fondation d'un établissement, en effet, il n'existe aucun motif légitime de permettre au propriétaire d'adopter un autre nom que le sien. Il en est autrement lorsque la maison passe en d'autres mains. Le successeur a un intérêt matériel considérable à conserver la même r. d. c. que son prédécesseur. Le C. O. maintient ici aussi le principe de la vérité des r. d. c., tandis que d'autres législations l'abandonnent ou du moins ne l'appliquent qu'avec une grande douceur. Les pays qui n'ont pas des reg. du c. comme la France, ne peuvent pas contrôler d'office si le successeur ne conserve pas le nom commercial de son devancier. La règle posée dans la loi n'est appliquée que par les tribunaux sur la plainte du concurrent dont le nom est usurpé. En fait donc, nous ne pouvons pas nous prévaloir en Suisse de l'exemple de la France.

L'identité du nom commercial et du nom civil du commerçant est certainement dans l'intérêt du commerce honnête; mais ce que je crains, c'est moins le choix d'une r. d. c. différente du nom patronymique par un commerçant nouveau que la conservation par le successeur d'un nom commercial connu pour appartenir à un propriétaire précédent. Ce ne sont pas les raisons nouvelles, mais celles qui jouissent d'une réputation établie, qui induisent le public en erreur. C'est

pourquoi je ne puis admettre le palliatif préconisé entre autres par Mr. le co-raporteur, qui consiste à ajouter au nom du fondateur de la maison le mot de „successeur,“ et de laisser passer cette r. d. c. telle quelle d'un successeur à l'autre. Le public serait averti lors du premier changement, mais il ne le serait pas plus tard. Le principe de la vérité formelle de la r. d. c. serait sauvé, puisque la r. d. c. ne renfermerait rien que de vrai, mais le public n'en serait pas moins trompé.

Je pose en principe que la r. d. c. peut rester la même malgré le changement des propriétaires de la maison, lorsque cette maison conserve la même valeur intrinsèque. Le nom du titulaire importe peu; pourvu que ses qualités restent approximativement les mêmes. Il est bien vrai, comme le remarque Mr. Siegmund, que deux personnes ne se ressemblent jamais complètement, mais ce qui nous importe ce sont les qualités commerciales, d'affaires. Il s'agit donc de savoir quand il y a lieu d'admettre avec quelque probabilité que le successeur aura pour le public la même valeur que son devancier. Il est évident que la loi devra déterminer les cas dans lesquels elle admet qu'il en est ainsi et qu'il ne peut être question d'instituer une autorité qui examine chaque cas concret.

Or, le public intéressé à une maison de commerce se compose de deux classes de personnes : les créanciers et les *clients*. Aux premiers il importe de connaître le crédit, aux seconds la valeur des produits livrés par la maison.

Le *crédit* d'une maison de commerce est intimément lié à la personne de son propriétaire et change avec elle; s'il fallait voir dans la permanence du crédit une conditio sine qua non du transfert de la r. d. c., ce dernier devrait être refusé. Pour les raisons exposées dans le rapport imprimé j'estime qu'il n'en est pas ainsi.

En Allemagne les commerçants ne se plaignent-ils pas d'être induits en erreur par le transfert de la r. d. c. sur la personne de leur débiteur; ce sont eux au contraire qui demandent que la r. d. c. soit transmissible; si la maison débitrice n'agit pas de mauvaise foi tout créancier diligent s'apercevra certainement au changement qui s'est produit. En Suisse même

il arrive souvent que dans une raison sociale l'adjonction & Cie désigne du jour au lendemain des personnes toutes différentes, et pourtant les commerçants n'en éprouvent apparemment pas de préjudice.

Il n'en est pas de même des *clients*. Ce qui leur importe ce sont les services économiques offerts par la maison. Comme ils sont le plus souvent laïques en affaires, ils ne sont pas au courant des mutations qui se produisent dans le personnel dirigeant d'une maison, ils se fient à la raison de commerce restée la même et c'est précisément sur cette confiance que sont basées les spéculations des commerçants désireux de conserver la même r. d. c., c'est la clientèle du prédécesseur qu'ils convoitent, non son crédit, sachant bien qu'ils ne peuvent hériter de ce dernier. Aussi est-ce avant tout l'intérêt des clients qui est ici en jeu.

Pour les clients la valeur intrinsèque d'une maison de commerce dépend à la fois des qualités morales du chef et de ses talents techniques.

Quant aux *maisons individuelles* il n'existe pas de critère certain qui permette de dire que le successeur mérite la même confiance que l'ancien chef de la maison, parce qu'entre ces deux personnes il n'existe en général aucun lien interne. En règle générale le transfert de la raison individuelle ne peut donc être permis. Dans certains cas spéciaux une exception serait admissible : en faveur de la veuve succédant à son mari prédécédé (ou inversément), en faveur des enfants succédant à leurs parents (lorsque le fils succède à son père il se peut fort bien déjà maintenant que la r. d. c. ne change pas) et enfin en faveur des fondés de procuration de l'ancien chef. Dans ces cas la parenté ou le travail en commun créent entre ancien et nouveau propriétaire une affinité spirituelle qui permet de dire que, probablement, la maison justifiera dans les mains du successeur la réputation dont elle jouissait.

Il est clair, néanmoins, que ce calcul est jusqu'alors aléatoire; la veuve, les enfants et même les fondés de procuration n'ont souvent pas les qualités propres au chef de la maison.

Il me paraît que cette méthode peut s'appliquer avec plus de succès à la *société en nom collectif;* il y a de bonnes raisons d'admettre que les membres d'une société pareille ne choisiront pas de nouveaux associés entièrement différents d'eux-mêmes; que, connaissant leur métier, ils ne s'adjoindront pas des associés incapables. Le crédit même d'une société en nom collectif conservera une certaine stabilité.

Je propose donc de permettre aux sociétés en nom collectif (avec ou sans commanditaires) de conserver pendant toute leur durée la même raison de commerce. Ce qui empêchera qu'on n'élude la loi en simulant la continuation d'une société en réalité dissoute, c'est d'un côté la disposition de l'art. 565 en vertu de laquelle celui qui entre comme associé en nom collectif dans une société de cette nature déjà existante est tenu solidairement des dettes antérieures de la société; de l'autre la faculté qu'aurait tout intéressé de prouver que la société n'a pas été continuée en fait, ou bien que telle personne dont le nom figure dans la raison sociale n'a pas fait partie en réalité de la société.

Je ne crois pas qu'en Suisse on doive s'effrayer de ces concessions faites aux commerçants; on en a fait de beaucoup plus larges dans le domaine analogue des *marques de fabrique.* Ici la question se posait presque identique : avec la seule différence que la marque de fabrique ne s'adresse qu'aux clients et point aux créanciers du commerçant. Or, comme je viens de l'exposer, c'est de l'intérêt des clients qu'il s'agit avant tout dans le transfert des r. d. c. Si on permet le transfert des marques les plus graves objections qu'on pouvait faire au transfert des r. d. c. tombent.

Mr. Siegmund conteste cette analogie (p. 780 et s.) : la marque de fabrique est d'après lui un attribut non de la personne de l'industriel mais de ses produits; on pourrait donc, pense-t-il, attribuer la marque aux produits de cet industriel et la marque pourrait passer au successeur non seulement avec l'établissement tout entier, mais aussi avec les marchandises prises séparément. — Je suis certain que Mr. Siegmund est seul à soutenir une pareille opinion; tous les auteurs sont d'ac-

cord, que je sache, pour dire que la marque est un attribut de la personne; l'exposé de Mr. Siegmund est un mélange si inextricable d'idées justes et fausses qu'il m'est impossible de le discuter.

En protestant la permanence de la raison sociale pendant toute la durée de la société je pars du principe que le nom commercial peut, sans inconvénients, rester le même, tant que, dans ses caractères essentiels, la maison reste la même.

Voici d'autres *conséquences* de ce même principe : lorsque le chef d'une maison ne fait que changer de nom, il peut conserver la même raison commerciale (par exemple la femme qui se marie). Inversément lorsqu'un établissement passe dans les mains d'un successeur qui porte par hasard le même nom que l'ancien propriétaire, il ne peut conserver sans changement l'ancienne raison sociale.

Enfin il ne devrait pas être permis à un homonyme de faire inscrire pour lui exactement la r. d. c. qu'un concurrent vient de faire radier. Par cette manœuvre il se mettra sans droit au bénéfice de la réputation commerciale de ce dernier. Il serait bon d'étendre aux r. d. c. la disposition de l'art. 10 de la loi fédérale du 26 septembre 1890 sur les marques de fabrique et de défendre qu'une r. d. c. radiée ne soit inscrite par un autre commerçant avant l'expiration de deux ans par exemple.

La règle qu'une r. d. c. nouvelle doit se distinguer nettement de toutes celles qui sont déjà inscrites ne vaut qu'entre les r. d. c. d'une *même localité*. Les maisons de commerce dont le cercle des affaires dépasse ce rayon local ont un intérêt évident à ce qu'une autre raison commerciale identique à la leur ne surgisse pas dans quelque localité voisine. Entre concurrents loyaux un conflit ne naîtra pas; il existe à côté de la r. d. c. assez de moyens de se distinguer. Mais si l'un d'eux est de mauvaise foi, l'identité des r. d. c. lui fournira un moyen de plus de tromper le public.

Si l'on veut étendre le pouvoir de la r. d. c. d'exclure toute raison identique aussi loin que s'étend la sphère d'intérêts du commerçant ce n'est qu'à la condition d'abandonner le système

d'enregistrement actuel d'après lequel le préposé examine d'office si les raisons se distinguent suffisamment des anciennes. En effet non seulement les moyens manquent au préposé de connaître toutes les autres r. d. c. de la Suisse, mais, s'il les connaissait, il deviendrait presque impossible aux porteurs de noms répandus de trouver des raisons différentes de toutes les autres. Si on laissait, au contraire, aux commerçants le soin de dénoncer au juge les raisons qu'ils jugeraient illégales et préjudiciables à leurs intérêts, il se produirait ce fait que dans des industries différentes les mêmes r. d. c. pourraient subsister les unes à côté des autres et que même les représentants de la même branche de commerce pourraient se servir de raisons semblables aussi longtemps qu'il n'en naîtrait pas de confusion. La différenciation ne serait donc exigée en fait que là où elle est réellement nécessaire.

De lege ferenda je préfèrerais ce système. Mr. le co-rapporteur s'est demandé si la révision des dispositions concernant les r. d. c. répondait à un besoin bien réel.

Ce dont les commerçants suisses souffrent le plus c'est du principe de la non-transmissibilité des r. d. c., je crois qu'il leur cause parfois un dommage réel. Si l'on ne voit pas se dessiner un mouvement populaire puissant en faveur de la révision c'est que l'art. 874 C. O. n'est pas d'une application fréquente; les commerçants n'en ressentent les effets qu'à de rares intervalles et dans la plupart des cas le dommage qu'il cause est passager et réparable.

Il n'est pas rare pourtant que de grands établissements éprouvent du fait d'une modification de leur r. d. c. un préjudice enorme; les cas sont, par la nature même des choses, isolés; mais ils suffisent amplement pour nous engager à examiner la question de savoir si le principe de la vérité de r. d. c. mérite d'être maintenu dans toute sa rigueur.

Dr. *Siegmund*, Korreferent, giebt auf sein schriftlich erstattetes Referat sich stützend ein Résumé seiner Ansichten über eine Reform des Firmenrechts, namentlich diejenigen Punkte hervorhebend, wo er sich im Widerspruch mit dem Referate des Herrn Dr. Burckhardt befindet.

Nachdem er den Kampf um Firmenfreiheit und Firmenwahrheit historisch beleuchtet hat, bekennt er sich zum letztern Prinzip und plaidiert für Beibehaltung der jetzigen wohlerwogenen Gesetzesbestimmungen im O. R.

„Nicht die beteiligten Kreise, sondern die Praxis der Gerichte, welche oft im Widerspruch mit dem Geiste und Wortlaut des Gesetzes steht, hat den Wunsch nach einer Reform des Firmenrechtes rege werden lassen.“

Dass man mit Rücksicht auf das Ausland das Prinzip der Uebertragbarkeit statuieren kann, mag richtig sein, in der Schweiz aber soll dann in jedem Falle die Wahrheit der Firma gewahrt bleiben.

Zum Schlusse giebt er dem Wunsche nach einer Verbesserung des gegenwärtigen Rechts Ausdruck, darin bestehend, dass nur die im Handelsregister eingetragene Firma Gültigkeit haben solle.

Mr. *Lefort*, de Genève : Il est impossible pour l'assemblée d'entrer dans l'examen de la deuxième question. Nous devons nous borner à considérer la première. Sur ce point, nous devons nous rallier aux conclusions de Mr. Siegmund. Il n'existe aucun motif sérieux pour modifier le régime des raisons de commerce qu'on a adopté il y a 15 ans. Aucun mouvement notable ne se fait sentir dans le sens d'une révision. Les critiques formulées par les rapporteurs ne sont pas non plus d'une portée déterminante. Ainsi Mr. Burckhardt parle du changement de la raison de la société en commandite. Mais cette modification, qui du reste n'est pas désirable, ne serait pas suffisante pour motiver une révision du C. O. Il en est de même de la législation plus large que Mr. Burckhardt préconise en matière de transfert de la raison de commerce. Mr. Siegmund déclare que la pratique ne s'est pas conformée à la loi, mais on peut se demander si Mr. Siegmund ne va pas trop loin.

Mr. Lefort propose à l'assemblée de voter la résolution suivante : Vu les rapports présentés par MM. Burckhardt et Siegmund, la Société des juristes est d'avis qu'il n'y a pas lieu de réviser le Code fédéral des obligations en ce qui concerne les raisons de commerce.

Bundesrichter Dr. *Winkler:* Mein Vorschlag geht dahin, keine Resolution zu fassen. Ich möchte die Frage der Wünschbarkeit der Revision nicht ausdrücklich verneinen, aber auch nicht bejahen, wenn die beteiligten Kreise sich ruhig darein schicken. Aus der Diskussion ergab sich allerdings eine gewisse Uebereinstimmung, so z. B. darüber, dass die Uebertragbarkeit der Firmen wieder eingeführt werden sollte.

Mr. *Jeanneret,* avocat: Le rapporteur autorise une société en nom collectif à conserver sa raison primitive lors même que des associés changent. Ce système peut présenter des dangers pour les tiers, si les associés nouveaux ne sont pas inscrits au registre, ce qu'ils seraient tentés de faire. Dans le cas de faillite de la société le ou les associés, non inscrits, ne contribueraient pas par leur fortune au paiement des dettes sociales et les femmes exerceraient sur les biens de leur mari le privilège de l'art. 219 L. P. au préjudice des créanciers sociaux, privilège qu'on ne peut réclamer dans la faillite de la société en nom collectif.

Les sociétés en commandite ne se distinguent pas par leurs raisons des sociétés en nom collectif. On ne peut exiger des tiers et en particulier des commerçants étrangers de s'adresser au préposé pour savoir s'ils traitent avec une société en commandite ou avec une société en nom collectif. Il y aurait, comme le propose Mr. Siegmund dans son rapport, utilité à ce que les sociétés en commandite soient tenues d'ajouter à leurs raisons des mots ou des lettres significatives destinées à les distinguer à première vue des sociétés en nom collectif.

D'après la proposition de Mr. le rapporteur dans sa thèse 3me il faudrait n'admettre à l'enregistrement que les raisons de commerce seules, ou avec les adjonctions permises par le C. O. Les autres dénominations ajoutées aux raisons, ne sont que des enseignes ou des réclames pour les produits de la maison; elles devraient être interdites.

Le Bureau fédéral a autorisé des succursales de maisons étrangères à inscrire leurs raisons telles qu'elles sont admises dans le pays du principal établissement, lors même que ces raisons ne sont pas conformes au Code fédéral. Il cite un exemple d'une société en commandite étrangère dont la succur-

sale en Suisse a été inscrite avec une adjonction à sa raison sociale qui la représente comme une société anonyme. La convention internationale conclue entre la Suisse et divers Etats ne peut être appliquée de manière à déroger aux règles impératives imposées aux nationaux.

Si les préposés sont trop faciles dans l'admission des raisons de commerce, cela provient, pour une grande part, de ce que le Bureau fédéral n'a pas appliqué la loi avec assez de rigueur lors de l'enregistrement.

Malgré les défectuosités dans l'application de notre loi, il n'y a pas lieu de proposer la révision d'un système qui a fait ses preuves depuis quatorze ans.

Il se rallie à la proposition de Mr. Siegmund.

Prof. Dr. Gustav *Vogt:* Wir befinden uns mit dem ganzen Firmenrecht, mit der ganzen Doktrin von einer formellen Firmenwahrheit auf einem Irrweg. Das ist eine polizeistaatliche Reglementiererei.

Mit all diesen Vorschriften erreicht man den Zweck nicht, den Kredit gegen Schwindel zu schützen.

Kreditwürdige Firmen, die bis dahin Geschäfte gemacht haben, werden auf die Seite geschoben. Mit dem Prinzip der Firmenwahrheit hat man den Schwindel. Man kauft sich einen Strohmann und behält die Firma bei.

Einen Antrag möchte ich nicht stellen.

Dr. Fr. *Schreiber:* Ein Moment ist bisher übersehen worden.

Wenn wir die Uebertragbarkeit der Firma dokumentieren wollten, so wäre das ein Eingriff in die persönlichen Rechte.

Art. 868 des O. R. bestimmt, dass eine in dem Handelsregister eingetragene Firma an demselben Orte von keinem andern als Firma benutzt werden darf, selbst dann nicht, wenn der neue Geschäftsinhaber denselben bürgerlichen Namen hat, mit welchem die ältere Firma bezeichnet wird. Das ist eine Beschränkung der persönlichen Freiheit.

Wenn die individuelle Person die Augen schliesst, so soll nicht einem andern gleichen Namens das Thor für immer verschlossen sein, derselbe soll von seiner Freiheit Gebrauch machen dürfen.

Diese persönliche Freiheit ist in dem Rechte der Wahrheit der Firma enthalten.

Mr. le Dr. *Burckhardt,* rapporteur : En proposant de ne pas tenir compte des commanditaires dans la formation de la r. d c. de la société en commandite je me rendais parfaitement compte que la raison d'une pareille société n'ayant qu'un associé-gérant ne pourrait plus être distinguée de celle d'un commerçant isolé; mais c'est que j'estime qu'une société en commandite ainsi constituée ressemble beaucoup plus à une maison individuelle qu'à une société en nom collectif.

Mr. Jeanneret critique qu'on permette aux succursales établies en Suisse pour des maisons étrangères de garder la raison commerciale de la maison mère : cette pratique nous est imposée par les traités internationaux.

Der *Korreferent* beschränkt sich in der Replik ebenfalls auf einige aufklärende Bemerkungen und wendet sich insbesondere gegen die Annahme des Herrn Bundesrichter Winkler, dass nach Ansicht der Juristen die Uebertragbarkeit der Firmen anzustreben sei.

Ein Antrag auf Fassung einer Resolution wird von keiner Seite gestellt, das Präsidium erklärt die Verhandlung über diesen Gegenstand geschlossen.

V.

Bestimmung des nächsten Versammlungsortes. Da keine bestimmte Einladung vorliegt, beantragt Rechtsanwalt *Ziegler* (Schaffhausen) die Bestimmung dem Vorstande zu überlassen.

VI.

Als Verhandlungsgegenstand für die nächste Jahresversammlung bringt Herr Ziegler in Vorschlag: „Das Recht des Komponisten bezüglich der Aufführung seiner Werke." Der Vorstand erklärt sich bereit, diesen Vorschlag in Beratung zu ziehen.

Schluss der 35. Jahresversammlung. Die Liste der anwesenden Mitglieder wies 108 Namen auf.

